

FRANCISCO AUGUSTO ZARDO GUEDES

**INFRAÇÕES E SANÇÕES
EM LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

CURITIBA

2013

FRANCISCO AUGUSTO ZARDO GUEDES

**INFRAÇÕES E SANÇÕES
EM LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito do Estado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira.

CURITIBA

2013

TERMO DE APROVAÇÃO

Infrações e sanções em licitações e contratos administrativos

Francisco Augusto Zardo Guedes

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito do Estado, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos seguintes professores:

Orientador: Prof. Dr. **Egon Bockmann Moreira** (UFPR)

Membro: Prof. Dr. **Jacintho Arruda Câmara** (PUC/SP)

Membro: Prof. Dr. **João Gualberto Garcez Ramos** (UFPR)

Curitiba, 22 de março de 2013.

“O correr da vida embrulha tudo, a vida é assim: esquenta e esfria, aperta e daí afrouxa, sossega e depois desinquieta. O que ela quer da gente é coragem. O que Deus quer é ver a gente aprendendo a ser capaz de ficar alegre a mais, no meio da alegria, e inda mais alegre ainda no meio da tristeza!”

João Guimarães Rosa - Grande Sertão: Veredas.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Bruna Cozer Montenegro, minha esposa, e a Eunice Elizabeth Zardo, minha mãe, a compreensão, o estímulo e o carinho em todos os momentos.

Agradeço aos amigos Diego Santos Teixeira, Alisson Luiz Nichel, Rafael Wallbach Schwind e Mariana Costa Guimarães pela revisão atenta e a Laís Gomes Bergstein pelo paciente auxílio quanto às normas da ABNT.

Agradeço ao meu orientador, Professor Doutor Egon Bockmann Moreira, por quem nutro antiga e profunda admiração intelectual. Além da orientação, o seu incentivo foi crucial para que eu concluísse o trabalho a que me propus. Muito obrigado.

Agradeço imensamente aos Professores Doutores Jacintho Arruda Câmara e João Gualberto Garcez Ramos a distinção de suas honrosas presenças na composição da Banca Examinadora. Guardarei aquele momento para sempre, do lado esquerdo do peito. O cuidado no exame da minha Dissertação e o interesse em debatê-la foram o maior elogio que eu poderia receber.

Agradeço, por fim, aos amigos queridos que estiveram presentes à Banca: Professor René Ariel Dotti, meu mestre; Rogéria Dotti; Rodrigo Perejira Dias; Luiz Daniel Haj Mussi; Marçal Justen Neto; Gustavo Britta Scandelari; André Luiz Meerholz; Pricila Martins Carrano. Aqueles instantes não teriam o mesmo significado sem os olhares, as palavras e os abraços afetuosos de vocês.

RESUMO

O laconismo da disciplina legal das sanções administrativas em licitações e contratos é incompatível com a gravidade das penas. Apenas três artigos da lei de licitações são dedicados ao assunto, os quais estabelecem genericamente as infrações, as sanções e o prazo de defesa. Não se faz a necessária correlação entre as infrações e as sanções. E somente uma das sanções tem delimitada a autoridade competente para sua aplicação. O presente trabalho pretende demonstrar que o direito punitivo do Estado é único e subdivide-se em diversas manifestações, tais como o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador. Pretende, ainda, demonstrar que, a despeito de sua origem autoritária, atualmente o Direito Administrativo não é apenas um Direito da administração, mas também um Direito dos cidadãos, cabendo-lhe a difícil missão de equilibrar autoridade e liberdade. Considerada a unidade do direito punitivo estatal, toma-se de empréstimo as construções sofisticadas da Teoria Geral do Delito para conceituar infração administrativa como conduta típica, antijurídica e culpável. Com isso, foge-se da fluidez dos princípios, propiciando maior segurança jurídica na apuração das infrações administrativas, as quais não poderão ser aplicadas se não estiverem presentes todos os elementos que compõem o seu conceito estratificado. No que concerne às sanções administrativas, o presente trabalho analisa quais são os requisitos que as distinguem das demais medidas restritivas de direito, o que é relevante para a identificação do regime jurídico aplicável. Por fim, são analisadas as sanções administrativas em espécie, aplicáveis aos licitantes e contratados. São também examinados os diversos tipos de multa e, especialmente, a controvérsia atinente à extensão dos efeitos da suspensão do direito de licitar e contratar, bem como da declaração de inidoneidade.

Palavras-chave: Direito Administrativo – Direito Administrativo Sancionador – Relações de Especial Sujeição – Infrações Administrativas – Tipicidade – Antijuridicidade – Culpabilidade – Responsabilidade da Pessoa Jurídica - Sanções Administrativas – Medidas restritivas de direito – Multa – Suspensão do Direito de Licitar – Declaração de Inidoneidade.

ABSTRACT

The brevity of the legal discipline of administrative sanctions in bids and contracts is incompatible with the severity of the penalties. Only three articles of the specific legislation are devoted to the subject, which establish generally the offenses, sanctions and time limits for defense. The necessary correlation between the offenses and penalties is not set forth. And only one of the penalties has delineated the competent authority for its application. This research aims to demonstrate that the punitive law is unique and subdivides into various forms, such as the Criminal Law and Administrative Sanction Law. It also intends to demonstrate that, despite its authoritative source, currently the Administrative Law is not just a law of administration, but also a right of citizens, with the difficult task of balancing freedom and authority. Considering the unity of punitive law, it uses the sophisticated constructions of the General Theory of Crime to conceptualize administrative violation as typical, anti-juridical and culpable conduct. This causes the lack of fluidity of the principles, providing greater legal certainty in the determination of administrative violations, which can not be applied if all the elements that make up its layered concept are not present. With regard to administrative penalties, this study examines what are the requirements that distinguish them from other measures restrictive of rights, which is relevant to the identification of the legal regime. Finally, the administrative sanctions are analysed in their types, applicable to bidders and contractors. The various models of fine and especially the controversy regarding the extent of the effects of the suspension of the right to bid and hire, as well as the declaration of unsuitability, are also examined.

Keywords: Administrative Law – Administrative Sanction Law – Special Relation of Subjection – Administrative Violations – Typicity – Anti-juridicity – Culpability – Responsibility of Legal Entities – Administrative Sanctions – Restrictive measures of Law – Penalty – Suspension of the Right to Bid - Declaration of Unsuitability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
CAPÍTULO I – CONSIDERAÇÕES GERAIS.....	16
1. A ORGANIZAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO E A FUNÇÃO ADMINISTRATIVA.....	16
2. O DIREITO ADMINISTRATIVO.....	18
2.1 O MILAGRE SEMPRE RENOVADO.....	18
2.2 O PARADOXO ORIGINAL.....	18
2.3 UM DIREITO ADMINISTRATIVO DOS CIDADÃOS?.....	21
3. O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....	22
3.1 A UNIDADE DO <i>IUS PUNIENDI</i> ESTATAL.....	23
3.2 APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL “COM MATIZES”.....	24
4. AS RELAÇÕES DE ESPECIAL SUJEIÇÃO.....	25
4.1 O CONTEXTO EM QUE FOI CONCEBIDA A TEORIZAÇÃO ACERCA DAS RELAÇÕES DE ESPECIAL SUJEIÇÃO.....	26
4.2 MORTE E VIDA DAS RELAÇÕES DE ESPECIAL SUJEIÇÃO.....	26
4.3 REJEIÇÃO À TEORIA DAS RELAÇÕES DE ESPECIAL SUJEIÇÃO.....	29
CAPÍTULO II - AS INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS EM LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	33
1. OS DEBATES SOBRE A NATUREZA DAS INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS.....	33
1.1 AS TEORIAS QUALITATIVAS.....	33

1.1.1 O Direito Penal de Polícia.....	34
1.1.2 O Direito Penal Administrativo.....	35
1.1.3 A posição contemporânea de Jorge de Figueiredo Dias.....	36
1.2 A TEORIA QUANTITATIVA.....	37
1.3 ANÁLISE CRÍTICA.....	37
1.3.1 As virtudes das teorias qualitativa e quantitativa.....	38
1.3.2 As inconsistências das teorias qualitativa e quantitativa.....	42
1.4 A prevalência do critério formal.....	44
2. A ESTRUTURA DAS INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS.....	46
2.1 A CONDUTA.....	48
2.1.1 A ação.....	48
2.1.2 A omissão.....	50
2.1.3 A divergência em torno da capacidade de ação da pessoa jurídica.....	51
2.1.4 Sistematização das formas de ação da pessoa jurídica....	56
2.1.5 Conclusão parcial.....	57
2.2 A TIPICIDADE.....	58
2.2.1 O fundamento constitucional do princípio da tipicidade no Direito Administrativo.....	58
2.2.1.1 A Lei 8.666/93 e as divergências doutrinárias acerca da configuração do princípio da tipicidade no Direito Administrativo.....	59
2.2.1.2 Análise Crítica.....	64
2.2.1.3 A nossa posição: reserva <i>relativa</i> de lei.....	66
2.2.1.3.1 A reserva <i>absoluta</i> de lei para a criação da sanção e a descrição das condutas.....	70
2.2.1.3.2 Os <i>standards</i> e a Lei 8.666/93.....	71
2.2.1.3.3 O princípio da tipicidade e as leis do pregão e do Regime Diferenciado de Contatação (RDC)	74

2.2.1.4 Conclusão parcial.....	75
2.2.2 O tipo objetivo.....	75
2.2.2.1 Os tipos abertos e os conceitos indeterminados.....	77
2.2.2.2 Conceitos indeterminados: discricionariedade ou de interpretação?	78
2.2.2.3 As normas em branco.....	81
2.2.3 O tipo subjetivo.....	83
2.2.3.1 O fundamento constitucional do princípio da culpabilidade.....	85
2.2.3.2 A distinção entre voluntariedade, dolo e culpa.....	88
2.2.3.2.1 A voluntariedade.....	88
2.2.3.2.2 O dolo.....	90
2.2.3.2.3 A culpa.....	92
2.2.3.3 O dolo e a culpa nas infrações cometidas por pessoas jurídicas.....	93
2.2.3.3.1 A divergência sobre a relevância do elemento subjetivo das pessoas físicas na configuração do dolo da pessoa jurídica.....	95
2.2.3.3.2 A necessária distinção entre a conduta dos empregados e dos representantes legais para fins de aferição do dolo e da culpa das pessoas jurídicas.....	97
2.3 ANTIJURIDICIDADE.....	99
2.3.1 As causas de exclusão da antijuridicidade.....	99
2.3.1.1 A legítima defesa.....	101
2.3.1.2 O consentimento do ofendido (ou a confiança legítima)	102
2.3.1.3 O estado de necessidade.....	103
2.3.1.4 O exercício regular de um direito e o estrito cumprimento de um dever legal.....	104
2.4 A CULPABILIDADE (OU REPROVABILIDADE)	105
2.4.1 Causas de exclusão da culpabilidade.....	108

2.4.1.1 Inexigibilidade de conduta diversa.....	108
2.4.1.2 Caso fortuito e de força maior.....	109
2.4.1.3 O Erro.....	110
2.5 OS TIPOS INFRACIONAIS NA LEI Nº 8.666/93.....	112
2.5.1 Recusa injustificada em assinar o contrato.....	112
2.5.2 Atraso injustificado na execução do contrato.....	115
2.5.3 Inexecução total ou parcial.....	116
2.5.4. Fraude fiscal.....	118
2.5.6 Prática de atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação.....	120
2.5.7 Demonstrar não possuir idoneidade para contratar com a Administração.....	123
2.6 OS TIPOS INFRACIONAIS NAS LEIS DO PREGÃO E DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTATAÇÃO (RDC).....	126

CAPÍTULO III – AS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS EM LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....128

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS.....	128
1.1 AS CARACTERÍSTICAS DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA.....	129
2. AS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	135
2.1 AS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS PODEM SER APLICADAS NO SILÊNCIO DO CONTRATO?	137
3. AS FINALIDADES DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA.....	140
3.1 A TEORIA DA RETRIBUIÇÃO.....	140
3.2 A TEORIA DA PREVENÇÃO ESPECIAL.....	141
3.3 A Teoria da prevenção geral.....	141
3.4 TEORIAS UNIFICADORAS.....	141
3.5 A SUPOSTA ESPECIFICIDADE DA FINALIDADE DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA CONTRATUAL.....	142
4. A CLASSIFICAÇÃO DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS.....	144

5. AS ESPÉCIES DE SANÇÕES ADMINISTRATIVAS PREVISTAS NA LEI 8.666/93 E NAS LEIS DO PREGÃO E DO RDC.....	147
5.1 ADVERTÊNCIA.....	147
5.2 AS MULTAS.....	149
5.3 A SUSPENSÃO E A DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PREVISTAS NA LEI 8.666/93 E O IMPEDIMENTO DE LICITAR E CONTRATAR PREVISTO NAS LEIS DO PREGÃO E DO RDC.....	151
5.3.1 A sanção de suspensão não possui natureza cautelar.....	151
5.3.2 A extensão das penas de suspensão e de inidoneidade.....	153
5.3.2.1 A interpretação literal.....	154
5.3.2.2 A interpretação extensiva.....	156
5.3.2.2.1 A necessária interpretação extensiva, por coerência, também no tocante ao regime jurídico aplicável.....	161
5.3.2.3 A interpretação sistemática: o nosso posicionamento.....	163
5.3.3 O impedimento previsto nas leis do Pregão e do RDC.....	168
CONCLUSÕES.....	169
BIBLIOGRAFIA.....	172

INTRODUÇÃO

Para que o Estado possa desempenhar suas funções legislativa, jurisdicional e administrativa ele necessita prover-se de bens e serviços. Desde o edifício que abriga os órgãos públicos até o café que é servido aos seus agentes, passando pelas atividades materiais voltadas precipuamente ao cidadão, como a pavimentação de ruas.

Como o art. 173 da Constituição Federal (CF) preceitua que “a exploração da atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo”¹, em regra tais utilidades são fornecidas pela iniciativa privada. Embora esse preceito nem sempre tenha sido observado, Marçal JUSTEN FILHO aponta que se caminha “em direção à ampliação da colaboração entre Estado e particulares, em todos os setores”.² Isso em virtude das ideologias contemporâneas, que pregam a redução do aparato estatal sem a correspondente redução das funções do Estado.

O instrumento pelo qual usualmente a administração pública e particulares formalizam suas relações colaborativas é o contrato administrativo, geralmente precedido de uma licitação. Licita-se para que todos os fornecedores interessados participem em condições de igualdade, para que a administração selecione a proposta mais vantajosa e, mais recentemente, para promoção do desenvolvimento nacional sustentável, como consta no art. 3º. da Lei 8.666/93, com redação dada pela Lei 12.349/2010.

Segundo dados do Ministério do Planejamento, em 2011 a administração federal possuía mais de 256 mil fornecedores cadastrados e deles adquiriu mais de 51 bilhões de reais em bens e serviços.³ O Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e

¹ De acordo com Eros Roberto GRAU, a expressão *atividade econômica* é utilizada no art. 173 da Constituição em seu sentido estrito, como atividade própria do setor privado, em oposição à noção de serviço público, que seria a atividade peculiar ao setor público. Confira-se: “Por certo que, no art. 173 e seu §1º, a expressão conota *atividade econômica em sentido estrito*. Indica o texto constitucional, no art. 173, *caput*, as hipóteses nas quais é permitida ao Estado a exploração direta de *atividade econômica*. Trata-se, aqui, de atuação do Estado – isto é, da União, do Estado-membro e do Município – como agente econômico, em área da titularidade do setor privado” (GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 9ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 96).

² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11ª. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 11.

³ Disponível em: http://www.comprasnet.gov.br/ajuda/Brasil_Economico_-_Dados_Por_UF_janeiro_a_Dezembro2011.pdf. Acesso em 15/09/2012.

Pequenas Empresas (SEBRAE) estima que as compras governamentais da União, Estados e Municípios representem 260 bilhões de reais por ano.⁴

A importância do assunto, contudo, não se faz acompanhar de um regime jurídico adequado. Para Carlos Ari SUNDFELD, “difícilmente se encontrará no mundo um texto normativo tão mal elaborado quanto a lei 8.666, de 21 de junho de 1993”.⁵ Esse problema tem sido atenuado pelas sucessivas alterações legislativas e pela criação de novas modalidades licitatórias: o pregão (Lei 10.520/2002) e o regime diferenciado de contratações (RDC – Lei 12.462/2011). Os Poderes Executivo e Judiciário e os Tribunais de Contas também têm contribuído, como observam Egon Bockmann MOREIRA e Fernando Vernalha GUIMARÃES, com o treinamento de pessoal e com decisões que delimitam o conteúdo e conferem eficiência às previsões normativas.⁶ Segundo eles:

“Com tais conquistas, a licitação pública brasileira vem se tornando mais representativa do que se passa no mundo atual (eficiência, economicidade, sustentabilidade, diálogo com outras ciências, cooperação público-privada, boa-fé objetiva etc.) e menos representativa de um mundo que já não mais pode existir (burocracia, formalismos inúteis, cartelização, aversão a soluções econômicas e ambientais, repulsa público vs. privado etc.)”.⁷

Entretanto, esse otimismo não pode ser estendido à disciplina das sanções administrativas em licitações e contratos, cujo laconismo é incompatível com a gravidade das penas. Apenas três artigos da lei de licitações são dedicados ao assunto⁸, os quais estabelecem genericamente as infrações, as sanções e o prazo de defesa. Não se faz a necessária correlação entre as infrações e as sanções. E somente uma das sanções tem delimitada a autoridade competente para sua aplicação. Isso se a licitação e o contrato estiverem relacionados ao Poder Executivo. A lei do pregão é ainda mais econômica. Tudo é concentrado em um artigo.⁹ A lei que instituiu o RDC faz, nesse aspecto, uma compilação de suas antecessoras, sem acréscimos relevantes.

Como se não bastasse a insuficiência legislativa, a doutrina não tem se

⁴ Disponível em: http://www.comunidade.sebrae.com.br/COMPRAS_MPES/default.aspx. Acesso em: 15/09/2012.

⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 11.

⁶ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública: A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação - RDC**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 27.

⁷ Ibid., p. 27.

⁸ Artigos 86, 87 e 88 da Lei 8.666.

⁹ Artigo 7º. da Lei 10.520.

debruçado sobre o tema. Como asseverou Marçal JUSTEN FILHO em artigo publicado no ano 2002, “o tema das sanções no âmbito da Lei nº 8.666/93 não propiciou debates mais aprofundados na doutrina. [...]. Os autores mais abalizados costumam passar sobre a matéria num vôo de pássaro”.¹⁰ Passados 10 (dez) anos, o cenário retratado por JUSTEN FILHO nada se alterou. Relevantes trabalhos foram publicados sobre as sanções administrativas em geral¹¹, mas nenhum especificamente sobre as sanções em licitações e contratos administrativos, exceto a interessante obra de Eduardo Rocha DIAS, publicada em 1997.¹² O presente trabalho objetiva contribuir modestamente para a colmatação dessa lacuna, cuja persistência é nociva a todos os interessados.

É do interesse do particular que todas as suas garantias fundamentais sejam observadas. À administração pública interessa a preservação de todas essas garantias para que a sanção resista à impugnação judicial e se torne efetiva. Ao Judiciário interessa que o devido processo legal administrativo seja observado, quer para desestimular lides temerárias, quer para aproveitar os elementos de informação nele produzidos. E todos esses interesses convergem às pretensões da sociedade, pois como assinala Maria João ESTORNINHO a função principal da sanção nos contratos administrativos é “obrigar o particular a cumprir a prestação a que está adstrito e, dessa forma, assegurar a prossecução do interesse público subjacente ao contrato”.¹³

No primeiro capítulo, será apresentado um panorama sobre a organização do Estado brasileiro e sobre o exercício da função administrativa pelos diversos Poderes. No exercício dessa função, que não é exclusiva do Poder Executivo, todos eles realizam licitação, celebram contratos e aplicam sanções administrativas. Será

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de Serviços Públicos e as Multas por Inadimplemento do Concessionário**. Informativo de Licitações e Contratos (ILC) nº 100, Curitiba, Zênite, Junho – 2002, p. 492/509. No seu Curso de Direito Administrativo o autor reitera semelhante consideração: “No entanto, o tema até o presente não mereceu maior atenção da doutrina e da jurisprudência”. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 452.

¹¹ Merecem destaque: FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001; FERREIRA, Daniel. **Teoria Geral da Infração Administrativa a partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2009; MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007; OLIVEIRA, Régis Fernandes. **Infrações e Sanções Administrativas**. 3ª. ed. São Paulo: RT, 2012; OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 3ª. ed. São Paulo: RT, 2009; VITTA, Heraldo Garcia. **A Sanção no Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

¹² DIAS, Eduardo Rocha. **Sanções Administrativas aplicáveis a Licitantes e Contratados**. São Paulo: Dialética, 1997.

¹³ ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo Contrato Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 128.

analisada, ainda, a origem, a evolução do Direito Administrativo e sua paulatina transformação em um Direito dos cidadãos, não apenas um Direito da administração. Em seguida, aprofundar-se-á a investigação acerca de um dos ramos do Direito Administrativo, chamado Direito Administrativo Sancionador, dedicado ao estudo dos princípios e regras incidentes sobre a infração, a sanção administrativa e o respectivo processo apuratório. Será vista sua integração ao *ius puniendi* estatal e suas relações com o Direito Penal. Por fim, serão expostas as diversas teorizações existentes sobre as relações de especial sujeição, perquirindo-se até que ponto essa categoria é útil para solucionar os problemas concretos com os quais se deparam os operadores do Direito Administrativo Sancionador.

No segundo capítulo, são analisadas as infrações administrativas em licitações e contratos administrativos. Para tanto, será exposto o antigo debate sobre a natureza das infrações administrativas, apresentando-se criticamente as correntes qualitativa, quantitativa e formal. Após, tomando de empréstimo as valiosíssimas construções teóricas formuladas pela teoria geral do delito, as infrações administrativas serão estruturadas como conduta típica, antijurídica e culpável. Cada elemento integrante desse conceito estratificado de infrações administrativas será analisado com profundidade e de maneira crítica. Por fim, serão expostos os tipos infracionais previstos nas leis de licitações, pregão e no regime diferenciado de contratação, procurando dar-lhes certa densidade. A partir das ferramentas oferecidas no segundo capítulo, será possível aferir com maior segurança jurídica se, no caso concreto, houve a consumação de uma infração administrativa merecedora de sanção.

No terceiro e último capítulo, serão investigadas as características e as classificações da sanção administrativa, especialmente daquelas incidentes nos contratos administrativos. Ver-se-á também as diversas teorias acerca das finalidades das sanções administrativas. Serão analisadas as sanções em espécie, previstas nas leis de licitações, pregão e no regime diferenciado de contratação. As diversas espécies de multa e seu respectivo regime jurídico. Por fim, será analisado o tema mais controvertido em matéria de sanções em licitações e contratos administrativos, concernente à extensão das sanções de suspensão e de declaração de inidoneidade.

CAPÍTULO I – NOÇÕES GERAIS

1. A ORGANIZAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO E A FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

O artigo 2º da Constituição Federal dispõe que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Segundo José Afonso da SILVA essas expressões possuem duplo sentido, pois “exprimem, a um tempo, as funções legislativa, executiva e jurisdicional e indicam os respectivos órgãos”.¹⁴ Sinteticamente, a função legislativa “consiste na edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica”.¹⁵ A jurisdição corresponde à função de “aplicar o direito ao caso concreto a fim de dirimir conflitos de interesse”.¹⁶ A função executiva “se distingue em *função de governo*, com atribuições políticas, co-legislativas e de decisão, e *função administrativa*, com suas três missões básicas: *intervenção*, *fomento* e *serviço público*”.¹⁷

A despeito de sua relevância didática, essas definições não abrangem toda a complexidade da organização estatal. Como observa Luís Roberto BARROSO, “a cada Poder são atribuídas, além de suas funções típicas ou privativas, outras funções (chamadas normalmente de atípicas), como reforço de sua independência frente aos demais poderes”.¹⁸ Assim, por exemplo, o Poder Legislativo exerce a função jurisdicional ao processar e julgar o Presidente da República e os Ministros do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 52, I e II). O Judiciário, ensina Clèmerson Merlin CLÈVE, “tem função normativa quando os tribunais elaboram os seus respectivos regimentos internos”, que “chegam a complementar a legislação processual”.¹⁹ E todos os Poderes exercem função administrativa, embora, como visto, esta seja uma

¹⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 110.

¹⁵ Ibid., p. 112.

¹⁶ Ibid., p. 112.

¹⁷ Ibid., p. 112. Para Fernando GARRIDO FALLA a amplitude da função executiva tem uma explicação histórica: “assim como os poderes legislativo e judiciário se formam com as competências que se foram arrancando das mãos do atingo monarca absoluto, por outro lado, o poder executivo é justamente o que ficou nas mãos daquele monarca”. (GARRIDO FALLA, Fernando Garrido; OLMEDA, Alberto Palomar; GONZÁLEZ, Hermínio Losada. **Tratado de Derecho Administrativo, parte general, vol. I**. 15ª. ed. Madrid: Tecnos, 2010. p. 44. Tradução nossa).

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 197.

¹⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. 3ª. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 79.

atribuição típica do Poder Executivo. Note-se que o art. 37 da Constituição estabelece que “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”, não a circunscrevendo ao âmbito do Poder Executivo.

Para Fernando GARRIDO FALLA, “as atuações *administrativas* dos Poderes Legislativo e Judiciário são mediais e instrumentais em relação a função que lhes está atribuída”.²⁰ Agustín GORDILLO, bem menos comedido quanto ao seu alcance, assevera que função administrativa é “toda atividade que realizam os órgãos administrativos e a atividade que realizam os órgãos legislativos e jurisdicionais, excluídos respectivamente todos os fatos e atos materialmente legislativos e jurisdicionais”.²¹ Ou seja, tudo o que não seja função legislativa e jurisdicional de quaisquer dos Poderes será, por exclusão, função administrativa.

Na organização do Estado brasileiro não são apenas os três Poderes formalmente consagrados na Constituição que exercem função administrativa. Marçal JUSTEN FILHO insere nesse quadro o Tribunal de Contas e o Ministério Público que, embora não tenham a “denominação formal de Poder”, possuem “características jurídicas” inerentes a essa condição.²² Segundo JUSTEN FILHO:

“Ambos são dotados de funções próprias, inconfundíveis e privativas. [...]. Mais ainda, ambas as instituições têm estrutura organizacional própria e autônoma, e seus exercentes são dotados de garantias destinadas a assegurar seu funcionamento independente e o controle sobre os outros poderes. [...]. Tudo o que caracteriza a existência de um ‘poder’ está presente na disciplina constitucional do Ministério Público e do Tribunal de Contas. [...]. Portanto e sob o prisma jurídico, deve-se reconhecer a existência de cinco poderes no Estado brasileiro”.²³

A Lei 8.666/93 parece corroborar ao menos parcialmente essa orientação ao incluir entre os seus destinatários o Tribunal de Contas, ao lado dos Poderes Legislativo e Judiciário: “Art. 117. As obras, serviços, compras e alienações

²⁰ GARRIDO FALLA, Fernando Garrido; OLMEDA, Alberto Palomar; GONZÁLEZ, Hermínio Losada. **Tratado de Derecho Administrativo, parte general, vol. I.** 15^a. ed. Madrid: Tecnos, 2010. p. 53-54. Tradução nossa.

²¹ GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo, parte general, tomo I.** 8^a. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2003. p. IX-32. Tradução nossa.

²² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** 8^a. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 92.

²³ Ibid., p. 92.

realizados pelos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Tribunal de Contas regem-se pelas normas desta Lei, no que couber, nas três esferas administrativas”.

Concluída essa descrição panorâmica a respeito da organização do Estado brasileiro e sobre o exercício da função administrativa pelos órgãos estatais, passa-se a um breve exame sobre a origem e a evolução do Direito Administrativo, conceituado por Jean RIVERO como “o conjunto de regras jurídicas distintas das do direito privado que regem a actividade administrativa das pessoas públicas”.²⁴

2. O DIREITO ADMINISTRATIVO

2.1 O MILAGRE SEMPRE RENOVADO

Prosper WEIL afirma que a “existência de um direito administrativo é em alguma medida fruto de um milagre”.²⁵ A submissão dos particulares a um direito imposto por um poder exterior e superior é compreensível. Mas, segundo o autor, “causa admiração que o próprio Estado se considere ‘ligado’ (vinculado) pelo direito”.²⁶

Como observa Pietro COSTA, existe uma “sempre renovada tensão entre poder e direito”.²⁷ Tensão esta que, segundo WEIL, deriva da natural propensão do governante de acreditar-se capaz de decidir discricionariamente as questões de interesse público. “É necessário que ele faça um esforço sobre si próprio para se considerar como obrigado a manter-se na esteira de um direito que lhe impõe certas condutas e lhe proíbe outras”.²⁸ E a história revela que tal esforço nem sempre tem sido realizado.

Mas a existência do Direito Administrativo é também fruto de um outro milagre: a sua origem jurisprudencial num período histórico em que vigorava a crença na supremacia do Parlamento e no ato de julgar como mera aplicação mecânica da lei.

2.2 O PARADOXO ORIGINAL

²⁴ RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981. p. 25.

²⁵ WEIL, Prosper. **O Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1977. p. 07.

²⁶ Ibid., p. 07.

²⁷ COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.). **O Estado de Direito: história, teoria e crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 197.

²⁸ WEIL, Prosper. **O Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1977. p. 07.

A Revolução Francesa (1789) é comumente adotada como a origem do Direito Administrativo.²⁹ Como pontua Fábio Konder COMPARATO, “dentre as obras de todos os *philosophes* do século, as de Montesquieu e Rousseau foram as que mais influíram sobre o espírito dos revolucionários de 1789”.³⁰

MONTESQUIEU teorizou sobre a necessidade de separação dos poderes. Segundo ele, “é uma experiência eterna a de que todo homem que tem poder é levado a abusar dele; ele vai em frente até encontrar limites”.³¹ É preciso, pois, que “o poder detenha o poder”.³² Não “há liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do poder executivo”.³³ ROUSSEAU defendia que os homens deveriam submeter-se apenas à lei, expressão da vontade geral: “As leis são, a rigor, as condições de associação civil; o povo submisso às leis deve ser o autor delas; só àqueles que se associam compete regular as condições da sociedade”,³⁴ por intermédio do legislador. Todavia, o nascimento do Direito Administrativo não observou nenhuma dessas formulações.

O Poder Judiciário francês da época era apontado como uma das ameaças à implantação dos valores da Revolução. Prosper WEIL recorda que “as jurisdições do *Ancien Régime* tinha conduzido uma guerra surda e muitas vezes eficaz contra as tentativas da monarquia para modernizar a administração e reformar a sociedade”.³⁵ Diante disso, observa Luiz Guilherme MARINONI, para os revolucionários “tornou-se imprescindível limitar a atividade do judiciário, subordinando-o de forma rígida ao Parlamento”.³⁶ Advém dessa necessidade a transformação do poder de julgar em poder “nulo”³⁷, “a boca que pronuncia as palavras da lei”³⁸, adstrito a seguí-la, sem

²⁹ Nesse sentido: WEIL, Prosper. **O Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1977. p. 11; TÁCITO, Caio. **Evolução Histórica do Direito Administrativo**. In: TÁCITO, Caio. Temas de Direito Público: estudos e pareceres, 1º vol. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 02; AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo, vol. I**. 3ª. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 132; RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981. p. 26; MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 14ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 37; REALE, Miguel. **Nova Fase do Direito Moderno**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 83.

³⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 150.

³¹ MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2010. p. 168.

³² Ibid., p. 168.

³³ Ibid., p. 169.

³⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. 3ª. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012. p. 42-43.

³⁵ WEIL, Prosper. **O Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1977. p. 12.

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 53.

³⁷ MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2010. p. 172.

³⁸ Ibid., p. 175.

interpretá-la.³⁹

Mas, além da rígida submissão ao Parlamento, a outra limitação imposta ao Poder Judiciário foi a exclusão de sua jurisdição dos litígios em que a administração fosse parte. Como ensina Prosper WEIL, “as reclamações dos administrados eram julgadas pela própria administração, que deste modo era ao mesmo tempo juiz e parte”.⁴⁰ Para orientar o Poder Executivo na solução dessas reclamações foi criado o Conselho de Estado (*Conseil d’Etat*). Como o Chefe do Estado passou a simplesmente confirmar as propostas do Conselho de Estado, faltava “fazer coincidir o direito com o facto”⁴¹, o que se fez com a transformação do *Conseil d’Etat* em órgão jurisdicional. “A jurisdição administrativa nasceu, pois, da própria administração”.⁴² E o mesmo se deu com o Direito Administrativo.

Assentou-se no Conselho de Estado que as regras do Código Civil não se aplicavam aos litígios relativos à administração. Assim, assevera Prosper WEIL, “o próprio *Conseil d’Etat* forjou as regras aplicáveis à administração”⁴³, de modo que “a jurisdição precedeu o direito e sem aquela este não teria visto a luz do dia”.⁴⁴

O paradoxo é manifesto. O Direito Administrativo surgiu durante a Revolução Francesa, que idealizava a lei como fonte de toda obrigação e a separação dos poderes como limite ao exercício do poder. Não obstante, o Direito Administrativo é fruto da atividade jurisdicional do Poder Executivo, que assumiu as funções de criar, julgar e aplicar o Direito ao qual estava submetido.

Consoante o magistério de Paulo OTERO, “um tal activismo normativo do *Conseil d’Etat* se mostra totalmente incompatível com uma concepção mecanicista de aplicação judicial da lei, tal como Montesquieu havia formulado em torno da ideia de que o poder judicial é nulo”.⁴⁵ Como se não bastasse, “a criação do Direito Administrativo por via jurisprudencial comporta um rude golpe no primado do poder legislativo e na supremacia do parlamento”.⁴⁶

Para Gustavo BINENBOJM, a institucionalização desse modelo

³⁹ MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2010. p. 92.

⁴⁰ WEIL, Prosper. **O Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1977. p. 13.

⁴¹ Ibid., p. 14.

⁴² Ibid., p. 14.

⁴³ Ibid., p. 14.

⁴⁴ Ibid., p. 14.

⁴⁵ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 269-270.

⁴⁶ Ibid., p. 270.

“revela o quanto o direito administrativo, em seu nascedouro, era alheio a qualquer propósito garantístico. Ao contrário, seu intuito primeiro foi o de diminuir as garantias de que os cidadãos dispunham caso pudessem submeter o controle da atividade administrativa a um poder equidistante, independente e imparcial – o Poder Judiciário”.⁴⁷

Livre da jurisdição comum e do direito comum, representado pelo Código Civil, a administração pôde forjar os meios necessários para atender os interesses gerais postos sob sua guarda. O principal deles foi o atributo da executoriedade, pelo qual “o Poder Público pode compelir *materialmente* o administrado, sem precisão de buscar previamente as vias judiciais, ao cumprimento da obrigação que impôs e exigiu”.⁴⁸ Vem daí a compreensão de que o Direito Administrativo confere à administração poderes exorbitantes. Exorbitantes em relação ao direito comum, já que neste as obrigações derivam geralmente do contrato e a imposição material da vontade das partes depende de intervenção judicial.

2.3 UM DIREITO ADMINISTRATIVO DOS CIDADÃOS?

Se, todavia, “o Direito Administrativo surge como o Direito da Administração Pública”⁴⁹, o século XX aproximou-o dos cidadãos. Às prerrogativas necessárias à satisfação do bem comum vêm a somar-se sujeições geralmente inexistentes na iniciativa privada, levando Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA e Tomás-Ramón FERNÁNDEZ a afirmarem que hoje “a Administração é, com toda frequência, menos livre que os particulares”⁵⁰:

“Não pode, por exemplo, contratar com quem deseje, como pode fazê-lo com um particular. Tem que seguir um procedimento determinado de seleção de contratantes estabelecido pela lei e ater-se aos seus resultados. Não pode tampouco formar livremente a sua vontade. Não pode ser arbitrária ou parcial, como pode ser qualquer particular com seu patrimônio. A lei obriga-a a observar um procedimento de formação da vontade cuja infração pode

⁴⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 2^a. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 13.

⁴⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 17^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 384.

⁴⁹ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 281.

⁵⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo, vol. I**. 12^a ed. Madrid: Civitas, 2004. p. 52. Tradução nossa.

determinar a nulidade da decisão final”.⁵¹

Outra característica atual do Direito Administrativo é o respeito às garantias individuais conferidas pelas Constituições dos países democráticos. Segundo Luís Roberto BARROSO, “a partir da centralidade da dignidade humana e da preservação dos direitos fundamentais, alterou-se a qualidade das relações entre Administração e administrado”.⁵²

O resultado dessa evolução é que a administração pública, inicialmente livre para criar, julgar e aplicar suas normas, procura “iludir hoje as vinculações ‘asfixiantes’ existentes no Direito Administrativo”.⁵³ Para Prosper WEIL essa ambiguidade é própria de “uma disciplina que se quer seja ao mesmo tempo instrumento de liberalismo e garante da actividade administrativa, protecção do cidadão contra o executivo e meio de realização da vontade do executivo”.⁵⁴

Assim pode ser sintetizada, na expressão de Diogo Freitas do AMARAL, a *dupla função* do Direito Administrativo de hoje: “organizar a *autoridade* do poder e defender a *liberdade* dos cidadãos”.⁵⁵ Uma tarefa difícil, já que autoridade e liberdade estão em permanente tensão.

3. O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

O Direito Administrativo Sancionador é o ramo do Direito Administrativo que disciplina a aplicação das sanções administrativas. O pressuposto da sanção é a infração administrativa, cuja consumação é apurada em um processo administrativo. Portanto, o Direito Administrativo Sancionador dedica-se ao estudo dos princípios e regras incidentes sobre a infração, a sanção administrativa e o respectivo processo apuratório.

Tais princípios e regras emanam diretamente da Constituição Federal - em especial do art. 5º, dedicado aos direitos e deveres individuais e coletivos - e se

⁵¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**, vol. I. 12ª ed. Madrid: Civitas, 2004. p. 52-53. Tradução nossa.

⁵² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 398-399.

⁵³ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 282.

⁵⁴ WEIL, Prosper. **O Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1977. p. 26.

⁵⁵ AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**, vol. I. 3ª. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 157.

espraíam por toda a legislação. O inciso II preceitua que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, consagrando o princípio da legalidade. O inciso XXXIX dispõe que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem previsão legal. O inciso XL prevê que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu, definindo o princípio da irretroatividade. O inciso XLV estabelece a pessoalidade da sanção ao determinar que nenhuma pena passará da pessoa do condenado. O inciso XLVI exige que a pena seja individualizada. O inciso LIII consagra o princípio do juiz natural dispondo que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente. Os incisos LIV e LV versam sobre o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. E o inciso LVII diz que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, de onde deflui o princípio da presunção de inocência.

3.1 A UNIDADE DO *IUS PUNIENDI* ESTATAL

Como observa Rafael Munhoz de MELLO, muitos desses dispositivos “fazem referência a expressões próprias do direito penal (‘crime’, ‘pena’, ‘lei penal’) – o que não significa que os princípios jurídicos neles veiculados não se apliquem também no campo do direito administrativo sancionador”.⁵⁶ Para Carlos Ari SUNDFELD, a utilização dessas expressões “denota sua inspiração na teoria do direito penal”⁵⁷, o que se explica pelo fato do direito penal consubstanciar-se em área do conhecimento jurídico muito mais antiga e evoluída do que o Direito Administrativo Sancionador. É o que afirma Alejandro NIETO: “o Direito Administrativo Sancionador toma de empréstimo os instrumentos que lhe proporciona o Direito Penal simplesmente porque lhes são úteis por causa de seu amadurecimento e de sua superioridade teórica”.⁵⁸ Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem afirmado que:

⁵⁶ MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 104.

⁵⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 80.

⁵⁸ NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 4^a. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 86. Tradução nossa.

“à atividade sancionatória ou disciplinar da Administração Pública se aplicam os princípios, garantias e normas que regem o Processo Penal comum, em respeito aos valores de proteção e defesa das liberdades individuais e da dignidade da pessoa humana, que se plasmaram no campo daquela disciplina”.⁵⁹

Ocorre que, embora tais valores tenham sido plasmados no campo do Direito Penal, eles não lhe são exclusivos. Como ensina Alejandro NIETO, “a potestade administrativa sancionadora, assim como a potestade penal dos juízes e tribunais, forma parte de um genérico ‘ius puniendi’ do Estado, que é único ainda que logo se subdivida nestas duas manifestações”.⁶⁰ Portanto, os princípios e regras ditos de Direito Penal e que incidem sobre o Direito Administrativo Sancionador são, a rigor, normas comuns ao Direito Punitivo do Estado, que se manifesta sob essas duas formas.

3.2 APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL “COM MATIZES”

Isso não significa que os princípios e regras de Direito Punitivo atuem de modo idêntico nas searas penal e administrativa. Alicerçados na jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA e Tomás-RAMÓN FERNÁNDEZ pontificam que os princípios gerais construídos pelo Direito Penal, e hoje incorporados ao Direito Punitivo, aplicam-se ao Direito Administrativo Sancionador “com matizes”.⁶¹ Por isso é que, por exemplo, o princípio da legalidade não possui o mesmo alcance nos dois âmbitos. O problema que se coloca, e que será abordado no curso do presente trabalho, é a definição concreta desses matizes, cuja existência não compromete a unidade do *ius puniendi* estatal.

Como acentua Fábio Medina OSÓRIO, “o conceito da unidade do Direito Público Punitivo há de ser compreendido, também dentro dos Estados, a partir da constitucionalização de direitos fundamentais relacionados aos acusados em geral”.⁶² Precisamente por derivarem da Constituição é que não se pode aceitar a supressão de quaisquer desses direitos, demandando permanente vigilância, já que, como observa

⁵⁹ STJ, 5. Turma, RMS 24559/PR, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ. 01/02/2010.

⁶⁰ NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 4^a. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 85. Tradução nossa.

⁶¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**, vol. 2. 9^a ed. Madrid: Civitas, 2004. p. 168. Tradução nossa.

⁶² OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 3^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 116.

Alejandro NIETO:

“Os juristas formados com uma mentalidade jurídico-pública – orientada sempre e em primeiro lugar pelos interesses coletivos e gerais – não podem evitar uma certa rejeição ante a contaminação penalista do Direito Administrativo Sancionador inspirada exclusivamente pela obsessão das garantias individuais”.⁶³

Embora se distinga por “um regime garantista específico”⁶⁴, conforme a lição de Manoel REBOLLO PUIG, o Direito Administrativo Sancionador é, antes de tudo, Direito Administrativo. Portanto, sua vocação também é a busca do equilíbrio entre os interesses coletivos e as garantias individuais. É do interesse geral que os direitos individuais sejam respeitados. Como ensina, Celso Antônio Bandeira de MELLO, “o interesse público só pode realizar-se na forma da lei. Aliás, *de direito*, inexiste interesse público a não ser *intra legem*. Contra a lei ou fora dela é inconcebível”.⁶⁵ Nesse sentido, assim como não se deve asfixiar a realização da atividade sancionadora do Estado conferindo ênfase excessiva às garantias, não se pode igualmente amesquinhar tais garantias em prol de outros valores supostamente mais elevados, sendo essa a tônica do presente trabalho.

4. AS RELAÇÕES DE ESPECIAL SUJEIÇÃO

Além das relações gerais travadas entre a administração pública e os cidadãos que derivam da simples submissão destes ao poder ordenador da vida comunitária, os particulares também estabelecem vínculos específicos com o Estado. “Fala-se, então, em relação de sujeição especial, caracterizada por uma submissão mais aguda do particular à administração pública, já que ele está agindo no âmbito do aparelho estatal”.⁶⁶ Os exemplos comumente citados são servidores públicos, os estudantes, os presidiários e os militares.

⁶³ NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 4^a. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 192-193. Tradução nossa.

⁶⁴ REBOLLO PUIG, Manuel. **El Derecho Administrativo Sancionador**. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.). Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo: Obra em Homenagem a Eduardo García de Enterría. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 266. Tradução nossa.

⁶⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 17^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 420.

⁶⁶ MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 157.

A principal característica das relações de especial sujeição seria o “amortecimento”⁶⁷, na expressão de Jorge de Figueiredo DIAS, do princípio da legalidade. Assim, obrigações poderiam ser criadas internamente pela administração, sem a mediação do Parlamento.

4.1 O CONTEXTO EM QUE FOI CONCEBIDA A TEORIZAÇÃO ACERCA DAS RELAÇÕES DE ESPECIAL SUJEIÇÃO

A teorização sobre as relações de especial sujeição tem origem na Alemanha, século XIX. Muitos dos deveres frente ao Estado careciam “de consagração legal e foram estabelecidos pela própria Administração por meio de normas ditadas por ela”.⁶⁸ Como recorda Ernst FORSTHOFF, foi Otto MAYER quem ofereceu a fórmula para justificar tais normas no âmbito de um Estado de Direito: “pela entrada em uma instituição pública (...) aquele que utiliza a instituição se submete a uma relação específica de poder, cujos deveres concretos são determinados pela instituição”.⁶⁹ A entrada a que se refere FORSTHOFF no interior da administração poderia derivar da vontade (funcionários públicos e estudantes), de uma sentença judicial (presidiários) ou da lei (serviço militar obrigatório).

Maria João ESTORNINHO assevera que a construção do que ela denomina “relações especiais de poder” pretendeu “justificar, em certos domínios, a introdução de limitações aos direitos fundamentais, sem fundamento legal específico”.⁷⁰ Tratava-se, na expressão de Clarissa Sampaio SILVA, de subjugar os “direitos fundamentais à boa marcha do serviço”⁷¹ e um dos fundamentos dessa limitação seria o caráter voluntário da sujeição.

4.2 MORTE E VIDA DAS RELAÇÕES DE ESPECIAL SUJEIÇÃO

Com o correr do tempo, passou-se a questionar a adequação de se incluir

⁶⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: Parte Geral, tomo I**. 1^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 171.

⁶⁸ FORSTHOFF, Ernst. **Tratado de Derecho Administrativo**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958. p. 88.

⁶⁹ Ibid., p. 88.

⁷⁰ ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo Contrato Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 164.

⁷¹ SILVA, Clarissa Sampaio. **Direitos Fundamentais e Relações Especiais de Sujeição: O caso dos Agentes Públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 92.

situações tão díspares como a do estudante e do presidiário dentro da mesma moldura teórica. Tal disparidade revelaria a falta de critério seguro para delimitação das relações especiais. Clarissa Sampaio SILVA menciona que o Tribunal Supremo espanhol já tratou como *relações especiais de sujeição* “o vínculo entre Colégios Profissionais e profissões; o sistema de financiamento e seguros; a utilização de serviços públicos; as atividades submetidas a licença e fiscalização, como detetives privados, taxistas, auto-escolas; farmacêuticos, bancos”, entre outros.⁷²

Também com o tempo, passou-se a inadmitir restrições a certos direitos fundamentais, como a dignidade humana. Depois, “consagrou-se um princípio de proporcionalidade, segundo o qual os direitos fundamentais só poderiam ser limitados se e na exacta medida em que o fim da relação de poder o torne absolutamente indispensável”.⁷³ Até que, em 1972, uma sentença prolatada pela Corte Constitucional alemã declarou que “as relações de sujeição especial não escapam às garantias da reserva de lei, de respeito aos direitos fundamentais e da proteção dos Tribunais”.⁷⁴ Clarissa Sampaio SILVA observa que essa sentença chegou a ser qualificada como a “certidão de óbito”⁷⁵ das relações especiais de sujeição.

Eduardo GÁRCIA DE ENTERRIA e Tomás-Ramón FERNÁNDEZ são dois dos autores que sustentam a superação desse conceito, invocando uma sentença proferida pelo Tribunal Constitucional espanhol em 1990, segundo a qual “a natureza sancionatória da medida (impede) que a distinção entre relações de sujeição geral e especial, já em si mesma imprecisa, possa desvirtuar aquela natureza”.⁷⁶

Gomes CANOTILHO, embora não declare o óbito da teoria em exame, rejeita a ideia de que as relações de especial sujeição seriam uma espécie de território livre da administração pública, infenso às garantias constitucionais:

“Ao contrário do defendido pela doutrina clássica das relações especiais de poder, os cidadãos regidos por estatutos especiais não renunciam a direitos fundamentais (*irrenunciabilidade dos direitos fundamentais*) nem se vinculam voluntariamente a qualquer estatuto

⁷² SILVA, Clarissa Sampaio. **Direitos Fundamentais e Relações Especiais de Sujeição: O caso dos Agentes Públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 107.

⁷³ ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo Contrato Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 165.

⁷⁴ NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 4ª. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 192-193. Tradução nossa.

⁷⁵ SILVA, Clarissa Sampaio. **Direitos Fundamentais e Relações Especiais de Sujeição: O caso dos Agentes Públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 109.

⁷⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo, vol. 2**. 9ª ed. Madrid: Civitas, 2004. p. 169. Tradução nossa.

de sujeição, produtor de uma *capitis deminutio*. Trata-se tão-somente de relações de vida disciplinadas por um estatuto específico. Este estatuto, porém, não se situa fora da esfera constitucional, desde logo porque as pessoas sujeitas a estatutos especiais mantêm a titularidade de direitos (...). Não é uma ordem extraconstitucional mas sim um estatuto heteronomamente vinculado, *devendo encontrar seu fundamento na Constituição* (ou estar pelo menos pressuposto)”.⁷⁷

Precisamente por não encontrar fundamento constitucional é que, no direito brasileiro, Marçal JUSTEN FILHO rejeita a tese da sujeição especial: “Não se localiza na Constituição indicativo que permita afirmar que alguns indivíduos, por se encontrarem em situação de relação peculiar e diferencial, deixariam de ser albergados pela proteção constitucional genérica do princípio da legalidade”.⁷⁸

Em sentido diverso, HANS J. WOLFF afirma que, “pela natureza das coisas, estas relações não podem ser ‘declaradas mortas’”⁷⁹ no direito administrativo alemão. “Efectivamente, elas estão pressupostas na Lei Fundamental; são uma realidade administrativa e a sua conservação é indispensável à **capacidade de funcionamento da colectividade** e da Administração”.⁸⁰ Para o autor, a relação especial de direito administrativo não anula a existência de uma relação geral. A diferença entre ambas é que a primeira “**limita de forma especial o exercício dos direitos fundamentais e aumenta os deveres**”.⁸¹ Todavia, diversamente do que ocorria no passado, tais relações estão jungidas à reserva de lei. Assim, “deverá ser o próprio legislador a fixar, por **razões do Estado de direito democrático** e devido aos **direitos fundamentais** dos atingidos, os princípios das relações especiais de direito administrativo”.⁸²

Semelhante é a posição de Celso Antônio Bandeira de MELLO, para o qual existem “*relações específicas intercorrendo entre o Estado e um círculo de pessoas que nelas se inserem, de maneira a compor situação jurídica muito diversa da que atina à generalidade das pessoas, e que demandam poderes específicos*”.⁸³ Tais

⁷⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 466-467.

⁷⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 223.

⁷⁹ WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. **Direito Administrativo**, vol. 1. 11ª. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. p. 492.

⁸⁰ Ibid., p. 492. Negritos no original.

⁸¹ Ibid., p. 493. Negritos no original.

⁸² Ibid., p. 493. Negritos no original.

⁸³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 721.

poderes seriam o de estabelecer, por regulamento, disposições minuciosas sobre o funcionamento de estabelecimentos públicos. Não obstante, o Professor Celso Antônio ressalva que quaisquer destes poderes devem “*encontrar seu fundamento último em lei* que, explícita ou implicitamente, confira aos estabelecimentos e órgãos públicos em questão atribuições para expedir ditos regramentos, os quais consistirão em especificação daqueles comandos”.⁸⁴

Ao tratar das concessões de serviço público, Egon Bockmann MOREIRA admite a persistência daquilo que a doutrina tradicional denomina relações de especial sujeição, porém sob a designação de relação administrativa especial, assim conceituado “o vínculo jurídico excepcional, de natureza estatutária, oriundo da integração imediata de uma pessoa privada a um órgão ou entidade da Administração Pública”.⁸⁵ Segundo ele, a expressão relação de especial sujeição estaria superada por remeter a uma ideia de submissão e de verticalidade incompatível com o Estado Democrático de Direito, onde as relações são estabelecidas “entre sujeitos de direito que recebem equivalente respeito do ordenamento jurídico”.⁸⁶ Apesar disso, haveria uma nítida diferença entre as relações gerais e especiais, nas quais “o liame jurídico é diferenciado e específico a uma pessoa (ou categoria diferenciada de pessoas)”.⁸⁷ “A mesma fonte normativa que autoriza o concessionário a exercer o múnus público é a que outorga ao concedente a competência extraordinária de emitir comandos imediatamente vinculantes ao concessionário”.⁸⁸

4.3 REJEIÇÃO À TEORIA DAS RELAÇÕES DE ESPECIAL SUJEIÇÃO

A exposição de algumas das opiniões favoráveis e contrárias às relações de especial sujeição revela existirem mais pontos de contato do que de divergência entre elas. Os que admitem tais relações reconhecem que elas não podem ferir direitos fundamentais. Já os que negam sua existência o fazem para preservar esses mesmos direitos. Portanto, quer se reconheça quer se negue a existência das relações de especial sujeição, há consenso de que os direitos fundamentais devem ser

⁸⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 17^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 723.

⁸⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de Serviço Público: Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 180.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 181.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 181.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 182.

assegurados.

Sob outro aspecto, os que sufragam a tese das relações especiais afirmam que sua existência permite a criação de deveres por meio de regulamento, embora concordem que a edição desse regulamento deva necessariamente estar autorizada e balizada pela lei. A doutrina que nega a existência das relações especiais, mas admite que a lei possa definir apenas os aspectos essenciais de determinadas obrigações, deixando para o regulamento a sua especificação, atinge resultado prático equivalente.

Assim, parece-nos mais acertada a posição de Fabrício MOTTA, para quem “a virtual celeuma, enfim, é resolvida com uma visão mais flexível do princípio da legalidade”⁸⁹, que será abordado com mais detalhes no curso do presente trabalho. Com efeito, reconhecendo-se que “é impossível fazer por uma lei uma enumeração expressa e direta das condutas infratoras”⁹⁰ e que, assim, tanto nas relações gerais quanto nas relações especiais é admissível a colaboração do regulamento, cujo “conteúdo está subordinado à lei”⁹¹, a distinção perde o sentido.

A distinção seria funcional se a mera invocação da sujeição especial já indicasse o regime jurídico aplicável a determinada relação. Não é, todavia, o que ocorre.

Primeiro, porque sequer existe uma definição clara a respeito de quais relações seriam de sujeição especial. Por exemplo, para Maria João ESTORNINHO os contraentes privados da Administração, “ao celebrarem com elas certos contratos, estariam a colocar-se voluntária e automaticamente numa relação especial de poder”.⁹² Já para Clarissa Sampaio SILVA essa relação não é de sujeição especial, porque os poderes exorbitantes de que dispõe a Administração seriam compensados pelo direito do contratante à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e também porque “não há *afetação a direitos fundamentais* do concessionário pelo simples exercício, pela Administração, de seus poderes de titular do serviço”.⁹³

Segundo, porque não há clareza sobre as consequências que derivam do reconhecimento de determinada relação como de sujeição especial. Como ensina

⁸⁹ MOTTA, Fabrício. **A Função Normativa da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 224.

⁹⁰ NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 4ª. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 294. Tradução nossa.

⁹¹ Ibid., p. 293. Tradução nossa.

⁹² ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo Contrato Administrativo**. Almedina: Coimbra, 2003. p. 163.

⁹³ SILVA, Clarissa Sampaio. **Direitos Fundamentais e Relações Especiais de Sujeição: O caso dos Agentes Públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 153.

Egon Bockmann MOREIRA, “esta relação especial não se submete a um modelo estático e uniforme”.⁹⁴ “O que a doutrina tem perseguido é a sistematização de tais relações, a distinção de suas notas essenciais e respectiva classificação em grupos de relações extraordinárias”.⁹⁵ Nesse esforço de distinção de suas notas essenciais, Rafael Munhoz de MELLO afirma que “a única diferença entre as relações de sujeição geral e de sujeição especial diz respeito à hierarquia da norma que tipifica a conduta”⁹⁶, asseverando ele que, “no primeiro caso a lei formal deve tipificar previamente, com clareza e precisão, a infração administrativa”.⁹⁷ Porém, não foi isso o que decidiu o Superior Tribunal de Justiça relativamente à autuação de um fabricante de refrigerante – em situação de sujeição geral, portanto - pela inobservância do teor mínimo de suco de laranja:

“No campo das infrações administrativas, exige-se do legislador ordinário apenas que estabeleça as condutas genéricas (ou tipo genérico) consideradas ilegais, bem como o rol e limites das sanções previstas, deixando-se o detalhamento especificação daquelas e destas para a regulamentação, por meio de Decreto”.⁹⁸

Por tais razões, a análise das infrações e sanções administrativas em licitações e contratos a ser procedida no curso do presente trabalho terá como plataforma o regime jurídico de Direito Administrativo Sancionador, modulado pelas legítimas opções legais pertinentes a esse campo específico, mas, tal como preconizado por

⁹⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de Serviço Público: Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 182.

⁹⁵ Ibid., p. 182.

⁹⁶ MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 167.

⁹⁷ Ibid., p. 167.

⁹⁸ STJ, 2ª. Turma, REsp nº 1.135.515/SC, rel. Min. Herman Benjamin, DJ. 28/02/2012. A mesma orientação foi manifestada no Recurso Especial nº 1.102.578/MG, encaminhado ao Superior Tribunal de Justiça como recurso representativo de controvérsia, nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil. Discutia-se na espécie a regularidade de multa imposta sobre empresa de confecção com fundamento em Resolução do Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – CONMETRO. A Ministra resumiu a controvérsia dizendo que a instância ordinária havia concluído que somente lei em sentido formal poderia tipificar sanções administrativas. A 1ª. Seção deu provimento ao Recurso Especial e reformou a decisão recorrida, assentando na ocasião que “estão revestidas de legalidade as normas expedidas pelo CONMETRO e INMETRO, e suas respectivas infrações, com o objetivo de regulamentar a qualidade industrial e a conformidade de produtos colocados no mercado de consumo, seja porque estão esses órgãos dotados da competência legal atribuída pelas Leis 5.966/1973 e 9.933/1999, seja porque seus atos tratam de interesse público e agregam proteção aos consumidores finais” (STJ, 1ª. Seção, REsp nº 1.102.578/MG, rel. Min. Eliana Calmon, DJ. 29/10/2009).

Regis Fernandes de OLIVEIRA⁹⁹, sem atentar para as distinções conceituais entre relação de sujeição geral e especial.

⁹⁹ OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Infrações e Sanções Administrativas**. 3^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 57.

CAPÍTULO II - AS INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS EM LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

As seções I e II do Capítulo IV da Lei 8.666/93 versam sobre as sanções administrativas aplicáveis aos licitantes e contratados. Como ensina Hans Kelsen, o pressuposto ou condição da sanção é o ilícito (ou delito)¹⁰⁰, razão pela qual previamente serão abordadas as infrações administrativas identificadas nas aludidas seções da Lei 8.666/93, bem como na legislação correlata.

1. OS DEBATES SOBRE A NATUREZA DAS INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS

Carlos Santiago NINO, em sua *Introdução à Análise do Direito*, leciona que “assim como ‘sanção’, a palavra ‘delito’ não é de uso exclusivo do direito penal”.¹⁰¹ O mestre argentino observa que ao lado do homicídio e do furto (delitos penais) estão “fatos tais como o descumprimento de um contrato ou qualquer atividade que produz um dano patrimonial, que são atos antijurídicos ou delitos para o direito civil”.¹⁰²

Essa posição é partilhada por Nelson HUNGRIA que, invocando Jeremy BENTHAM, assevera: “A ilicitude jurídica é uma só, do mesmo modo que um só, na sua essência, é o dever jurídico. Dizia BENTHAM que as leis são divididas apenas por comodidade de distribuição: todas podiam ser, por sua identidade substancial, dispostas ‘sobre um mesmo plano, sobre um só *mapamundi*’”.¹⁰³ E conclui: “Assim, não há falar-se de um ilícito administrativo ontologicamente distinto de um ilícito penal”.¹⁰⁴ Contudo, essa orientação não é uníssona entre os doutrinadores.

1.1 AS TEORIAS QUALITATIVAS

Parte importante da doutrina, usualmente denominada de corrente

¹⁰⁰ Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 125; Kelsen, Hans. **Teoria Geral do direito e do Estado**. 4ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 75.

¹⁰¹ NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 204.

¹⁰² *Ibid.*, p. 205.

¹⁰³ HUNGRIA, Nelson. **Ilícito Administrativo e Ilícito Penal**. Revista de Direito Administrativo: Seleção Histórica. p. 15.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 15.

qualitativa¹⁰⁵, sustenta haver uma distinção substancial (ou material) entre os ilícitos penal e administrativo. Embora os seus fundamentos tenham variado e evoluído ao longo do tempo, Manuel GÓMEZ TOMILLO é preciso ao sintetizar que para a teoria qualitativa “os delitos implicam um especial juízo de desvalor ético, enquanto que o ilícito administrativo se esgota na mera desobediência às normas administrativas”.¹⁰⁶

A seguir se fará uma breve exposição dos principais defensores dessa corrente.

1.1.1 O Direito Penal de Polícia

Como recordam Heinz e Herta MATTES, para os teóricos do chamado *dereito penal de policía*, de inspiração *jusnaturalista*, os delitos criminais eram aqueles que realmente causavam dano a direitos subjetivos, sendo por isso chamados de *injustos naturales* ou *genuínos*. Já o *injusto policial* seria aquele que teria meramente a potencialidade de causar um dano. Um delito de perigo abstrato, criado pelo Estado para prevenir lesões a direitos subjetivos.¹⁰⁷

Um dos precursores dessa orientação, ainda no século XIX, foi Anselm v. FEUERBACH, para quem “os preceitos do genuíno direito penal criminal”¹⁰⁸ valem “em todo lugar e todo tempo”¹⁰⁹, “independente do exercício de qualquer ato de governo e do reconhecimento do Estado”.¹¹⁰ Por outro lado, a legislação penal de polícia variaria com o tempo e com o local, podendo inclusive tipificar ações que não são nem imorais, nem lesivas, isto é, “que em si não são antijurídicas”¹¹¹, mas que se

¹⁰⁵ Entre os que adotam essa denominação destacam-se: MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 47; GÓMEZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALES, Íñigo. **Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica Del Derecho Penal Administrativo**. 2ª. ed. Navarra: Arazandi/Thomson Reuters, 2010. p. 72; CEREZO MIR, José. **Sanções Penais e Administrativas no Direito Espanhol**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 1, n. 2, abr./jun. 1993. p. 29; PALMA DEL TESO, Ángeles. **El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador**. Madri: Tecnos, 1996. p. 27.

¹⁰⁶ GÓMEZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALES, Íñigo. **Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica Del Derecho Penal Administrativo**. 2ª. ed. Navarra: Arazandi/Thomson Reuters, 2010. p. 73.

¹⁰⁷ MATTES, Heinz; MATTES, Herta. **Problemas de Derecho Penal Administrativo: Historia e Derecho Comparado**. Madrid: Edersa, 1979. p. 144-145. Tradução nossa.

¹⁰⁸ Ibid., p. 147. Tradução nossa.

¹⁰⁹ Ibid., p. 147. Tradução nossa.

¹¹⁰ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Tratado de derecho penal común vigente en Alemania**. 1ª. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. p. 55. Tradução nossa.

¹¹¹ Ibid., p. 56. Tradução nossa.

prestam a realizar mediamente os fins do Estado.¹¹² Todavia, o próprio FEUERBACH já reconhecia que a despeito da “grande utilidade” da divisão entre *crimes em sentido estrito e contravenções de polícia*, “na legislação comum alemã é de ínfima importância, dado que ambos os gêneros são tratados conforme os mesmos princípios”.¹¹³

Max MAYER sustentou posição semelhante, segundo MATTES.¹¹⁴ Partindo de sua teoria das normas de cultura, MAYER disse que “o direito, como também o injusto, é um produto cultural, não um produto natural”.¹¹⁵ As normas de cultura, que seriam preexistentes ao Estado e que se destinariam a proteger a vida, a saúde, o patrimônio, ao serem reconhecidas e incorporadas pelo Estado, se transformariam em normas jurídicas. Tais normas caracterizariam o delito criminal.¹¹⁶ Paralelamente às normas jurídicas oriundas das normas de cultura, haveriam as normas jurídicas criadas pelo legislador para proteger os interesses da Administração. Esses seriam os delitos administrativos. De acordo com MAYER, “eles nascem de necessidades práticas, por certo não são eles uma invenção arbitrária ou desarrazoada, mas são, no fim das contas, uma invenção”¹¹⁷, vale dizer, “culturalmente indiferentes”.¹¹⁸

Enfim, resume MAYER, “o injusto criminal é injusto em virtude da lei e de sua nocividade cultural, o injusto policial é injusto apenas em virtude da lei”.¹¹⁹

1.1.2 O Direito Penal Administrativo

Na medida em que o Estado deixa de ocupar-se apenas da segurança do indivíduo e passa a exercer tarefas promocionais do bem-comum, surge, na virada do século XX, a *teoria do direito penal administrativo*.¹²⁰ A nomenclatura anterior foi alterada, substituindo-se o termo *polícia* por *administrativo*, porque “a Administração

¹¹² MATTES, Heinz; MATTES, Herta. **Problemas de Derecho Penal Administrativo: Historia e Derecho Comparado**. Madrid: Edersa, 1979. p. 146-147. Tradução nossa.

¹¹³ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Tratado de derecho penal común vigente en Alemania**. 1^a. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. p. 56. Tradução nossa.

¹¹⁴ MATTES, Heinz; MATTES, Herta. **Problemas de Derecho Penal Administrativo: Historia e Derecho Comparado**. Madrid: Edersa, 1979. p. 169-173. Tradução nossa.

¹¹⁵ Ibid., p. 170. Tradução nossa.

¹¹⁶ Ibid., p. 170/171. Tradução nossa.

¹¹⁷ MAYER, Max Ernst. **Derecho Penal: Parte General**. Montevideo/Buenos Aires: Editorial B de F, 2007. p. 67. Tradução nossa.

¹¹⁸ Ibid., p. 68. Tradução nossa.

¹¹⁹ MATTES, Heinz; MATTES, Herta. **Problemas de Derecho Penal Administrativo: Historia e Derecho Comparado**. Madrid: Edersa, 1979. p. 171. Tradução nossa.

¹²⁰ Ibid., p. 177. Tradução nossa.

– uma instituição muito mais ampla que a Polícia – passa ao primeiro plano”.¹²¹

Seu principal teórico foi James GOLDSCHMIDT. De acordo com MATTES, GOLDSCHMIDT distinguia a pessoa enquanto indivíduo e enquanto membro da sociedade.¹²² “Os direitos e deveres que correspondem ao particular como indivíduo, determinam sua posição dentro da ordem jurídica”.¹²³ Os direitos e deveres que lhe correspondem frente a coletividade possuiriam outra natureza. Como define HUNGRIA, para GOLDSCHMIDT “as normas de direito administrativo apresentam-se ao cidadão, não como normas jurídicas, mas, propriamente, como ordens de serviço”.¹²⁴ “Deste modo, o direito penal administrativo, como um direito engendrado pela Administração, seria apenas um pseudodireito”¹²⁵, na medida em que a *ação antiadministrativa*, diversamente da *ação antijurídica*, não ofenderia a convicção ética interna da comunidade, mas apenas os interesses do Estado administrador.

1.1.3 A posição contemporânea de Jorge de Figueiredo Dias

Embora reconheça que atualmente predomina na Alemanha, berço das teorias acima expostas, o entendimento de que não existe diferença material entre os ilícitos administrativos e penal, o Professor Jorge de Figueiredo DIAS insiste na distinção.

Segundo ele, não existe “ilícito *ético-socialmente* indiferente”.¹²⁶ A prática de uma conduta legalmente proibida configuraria um desvalor ético-social pelo simples desrespeito à regra legal. A diferença é que a conduta digna de um ilícito penal seria “axiológico-socialmente relevante”¹²⁷ antes e independentemente da sua proibição. Já a conduta configuradora de uma infração administrativa seria “axiológico-socialmente neutra” e, só depois de conectada com a regra legal que a proíbe, passaria a “constituir

¹²¹ NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 4^a. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 176. Tradução nossa.

¹²² MATTES, Heinz; MATTES, Herta. **Problemas de Derecho Penal Administrativo: Historia e Derecho Comparado**. Madrid: Edersa, 1979. p. 185. Tradução nossa.

¹²³ Ibid., p. 185. Tradução nossa.

¹²⁴ HUNGRIA, Nelson. **Ilícito Administrativo e Ilícito Penal**. Revista de Direito Administrativo: Seleção Histórica. p. 16.

¹²⁵ MATTES, Heinz; MATTES, Herta. **Problemas de Derecho Penal Administrativo: Historia e Derecho Comparado**. Madrid: Edersa, 1979. p. 185. Tradução nossa.

¹²⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: Parte Geral, tomo I**. 1^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 161.

¹²⁷ Ibid., p. 162.

substrato idôneo de um desvalor ético-social”.¹²⁸

Ou seja, para Figueiredo DIAS, na infração administrativa “é o substrato complexo formado pela conduta e pela decisão legislativa de a proibir que suporta a valoração da ilicitude; a conduta em si mesma considerada, independente da proibição, não é, pelo contrário, substrato de idôneo de juízo de desvalor próprio da ilicitude”.¹²⁹

1.2 A TEORIA QUANTITATIVA

A vertente quantitativa, que se opõe à qualitativa, pode ser resumida na imagem concebida por José CEREZO MIR. Segundo ele,

“A partir do núcleo central do Direito Penal até as últimas contravenções penais ou infrações administrativas perpassa uma linha contínua de um ilícito material que se vai atenuando, mas que não chega a desaparecer totalmente. A maior parte das vezes é a distância do setor vital respectivo que induz os juristas a pensarem que o injusto de uma contravenção determinada é puramente formal”.¹³⁰

Assim, as infrações administrativas não seriam substancialmente distintas dos delitos penais. Ambos possuiriam a natureza de ilícito sob o aspecto material. “Entre o ilícito disciplinar e o penal só há diferença de grau”.¹³¹

Essa orientação é sufragada por Nelson HUNGRIA: “para o direito penal comum é transportado apenas o ilícito administrativo de maior gravidade objetiva ou que afeta mais diretamente o interesse público, passando, assim, a ilícito penal. O ilícito administrativo de menor entidade não reclama a severidade da pena criminal”.¹³²

1.3 ANÁLISE CRÍTICA

¹²⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: Parte Geral, tomo I**. 1ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 162.

¹²⁹ Ibid., p. 162.

¹³⁰ CEREZO MIR, José. **Sanções Penais e Administrativas no Direito Espanhol**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 1, n. 2, abr./jun. 1993. p. 28.

¹³¹ Ibid., p. 33.

¹³² HUNGRIA, Nelson. **Ilícito Administrativo e Ilícito Penal**. Revista de Direito Administrativo: Seleção Histórica. p. 18.

1.3.1 As virtudes das teorias qualitativa e quantitativa

As teorias acima expostas foram concebidas com o nobre propósito de orientar o legislador no processo de criação dos ilícitos e das respectivas sanções. Além disso, servem como importante instrumento de aferição da constitucionalidade das normas repressivas.

Por essa razão, discorda-se do instigante raciocínio de Rafael Munhoz de MELLO, para o qual as correntes qualitativa e quantitativa padeceriam “do mesmo mal” ao pretender “diferenciar o ilícito administrativo e o penal com base em critério metajurídico, sem fundamento no direito positivo”.¹³³ Segundo o autor, “ao jurista não importa a natureza das coisas, mas sim a forma como elas são disciplinadas pelo direito positivo”.¹³⁴

Ocorre que o direito positivo não é formado exclusivamente pelas normas legais. “Por força da supremacia constitucional”, ensina Luís Roberto BARROSO, “nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental”.¹³⁵ É verdade que a Constituição Federal de 1988 não oferece um catálogo completo de crimes, embora tipifique alguns.¹³⁶ Isso confere ao legislador ordinário ampla liberdade para definir as condutas indesejadas, cominando-lhes sanções penais ou administrativas, conforme a política legislativa do seu tempo. Porém, adverte Alejandro HUERGO LORA, o fato de se reconhecer ao legislador “uma margem de apreciação ampla, não significa que ela não exista”.¹³⁷ A discricionariedade do legislador é ampla, mas não absoluta.

Como assentou o Supremo Tribunal Federal:

“A exigência de razoabilidade - que visa a inibir e a neutralizar eventuais abusos do Poder Público, notadamente no desempenho de

¹³³ MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 57.

¹³⁴ Ibid., p. 57.

¹³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 161.

¹³⁶ Por exemplo, o art. 5º. da Constituição Federal preceitua que: “XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;”.

¹³⁷ HUERGO LORA, Alejandro. **Las Sanciones Administrativas**. Madri: Iustel, 2007. p. 136.

suas funções normativas - atua, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, como verdadeiro parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais”.¹³⁸

No esforço de aferição da constitucionalidade material dos atos normativos emanados do Estado, as escolas que distinguem os ilícitos por sua substância podem prestar relevante contribuição com vista a inibir eventuais excessos do Poder Público. É o que afirma Jorge de FIGUEIREDO DIAS, um dos defensores da distinção qualitativa, ao exemplificar que o legislador poderia considerar o homicídio doloso uma mera infração administrativa, afastando-se, assim, “dos preceitos jurídico-constitucionais que a caso devessem caber”.¹³⁹

O art. 5º. da Constituição Federal de 1988 assegura “a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. Ora, de nada adiantaria consagrar tais valores na abertura do título destinado aos *direitos e garantias fundamentais* se não houvesse para o Estado o correspondente dever de efetivá-los, preferencialmente de outras formas, mas também pela aplicação da sanção adequada àqueles que os ofenderem gravemente. De acordo com Alejandro HUERGO LORA:

“Ante certos bens jurídicos que constituem direitos fundamentais, como por exemplo a vida ou a integridade física, o Estado não pode contentar-se em não os lesionar, senão que está obrigado a protegê-los ativamente, o que inclui a aprovação de normas penais que tipifiquem condutas que os lesionem, ao menos as mais relevantes”.¹⁴⁰

Isso, todavia, não significa que a todo momento o Poder Judiciário poderá ser instado a se manifestar sobre a precisa adequação dos crimes e das infrações criadas pelo legislador aos parâmetros constitucionais. Como ressalva FIGUEIREDO DIAS:

“não é à Constituição que pode pedir-se que decida em cada caso, de forma imediata e definitiva, se uma certa conduta pode constituir crime ou antes uma contra-ordenação. Mas é a ela que em último termo terá de recorrer-se para saber, em casos duvidosos, se foi ou não respeitado o critério material que há-de estar na base da decisão

¹³⁸ STF, Pleno, ADI nº. 2667-MC/DF, rel. Min. Celso de Mello, DJ. 12/03/2004.

¹³⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: Parte Geral, tomo I**. 1ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 164.

¹⁴⁰ HUERGO LORA, Alejandro. **Las Sanciones Administrativas**. Madri: Iustel, 2007. p. 149.

de qualificação jurídica e comandá-la”.¹⁴¹

Eis o motivo pelo qual discorda-se, ainda uma vez, do pensamento de Rafael Munhoz de MELLO, para quem “as teorias acima analisadas são imprestáveis para uma análise jurídica da distinção entre *crime* e *infração administrativa*”¹⁴², “porque o legislador pode simplesmente dispor de outra forma, deixando de observar os critérios de distinção indicados pelas teorias quantitativa ou qualitativa”.¹⁴³ Como bem observa Ángeles DE PALMA DEL TESO,

“Se desde logo é óbvia a natureza normativa do ilícito, também o é que o legislador nesse processo delimitador não deve atuar acriticamente, pois uma correta política punitiva exige que sua decisão esteja fundada em uma valoração jurídica realizada através de um processo lógico prévio, no qual se devem considerar diversos elementos, tais como a natureza ou significação do bem jurídico protegido e, nesse caso, o reconhecimento que este tenha em nossa Constituição, o comportamento que o põe em perigo, os efeitos e consequências sociais desse comportamento e a reação mais adequada frente ao mesmo”.¹⁴⁴

As distinções propugnadas pelas correntes quantitativa e qualitativa são úteis para descriminalizar condutas de menor gravidade, transformando-as em ilícito administrativo, pois, consoante o magistério de Miguel REALE JÚNIOR, “a intervenção penal deve ser aquela necessária, como único meio, forte, mas imprescindível, para a afirmação do valor violado, e para sua proteção, visando à manutenção da paz social”.¹⁴⁵ Mas tais distinções também se prestam a indicar a necessária criminalização de condutas gravíssimas sancionadas administrativamente. Como observa FIGUEIREDO DIAS, “há por toda parte uma apetência dos Executivos” “para a criação de contra-ordenações e coimas (cada vez mais pesadas) em lugar da via correcta da criminalização”.¹⁴⁶

Exemplo disso, no Brasil, é o Projeto de Lei 6826/2010, em trâmite na Câmara

¹⁴¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: Parte Geral, tomo I**. 1ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 164.

¹⁴² MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 58.

¹⁴³ Ibid., p. 58.

¹⁴⁴ DE PALMA DEL TESO, Ángeles. **El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador**. Madri: Tecnos, 1996. p. 32. Tradução nossa.

¹⁴⁵ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal: Parte Geral**. 3ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 21.

¹⁴⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: Parte Geral, tomo I**. 1ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 168.

dos Deputados, que “dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira”.¹⁴⁷ O art. 7º, II, do Projeto prevê, dentre as sanções, “a declaração de inidoneidade, pelo prazo mínimo de um e máximo de cinco anos”, o que impede a empresa de licitar e contratar com qualquer esfera de governo. Um dos atos lesivos que, de acordo com o Projeto, podem ser sancionados com a declaração de inidoneidade é “prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada” (art. 6º, I).

Ainda segundo o citado Projeto:

“Art. 2º. As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

Parágrafo único. A responsabilização da pessoa jurídica ocorrerá independentemente da:

I - natureza do vínculo entre quem pratica o ato e a pessoa jurídica beneficiada;

II - existência de autorização superior ou poder de representação; e

III – obtenção ou não da vantagem ou do benefício almejado”.

Como se vê, se alguém oferecer propina a servidor público em benefício, não exclusivo, de determinada pessoa jurídica, ela e, conseqüentemente, todos aqueles que dela dependem serão gravemente prejudicados, ainda que o corruptor não tenha vínculos com a empresa, poderes de representação ou autorização superior. Segundo os Ministros da Controladoria-Geral da União, da Justiça e da Advocacia-Geral da União, autores da proposição, uma de suas virtudes seria a *fuga do processo penal*, supostamente lento e ineficaz:

“Observe-se que o presente projeto optou pela responsabilização administrativa e civil da pessoa jurídica, porque o Direito Penal não oferece mecanismos efetivos ou céleres para punir as sociedades empresárias, muitas vezes as reais interessadas ou beneficiadas pelos atos de corrupção. A responsabilização civil, porque é a que melhor se coaduna com os objetivos sancionatórios aplicáveis às pessoas jurídicas, como por exemplo o ressarcimento dos prejuízos econômicos causados ao erário; e o processo administrativo, porque tem-se revelado mais célere e efetivo na repressão de desvios em

¹⁴⁷

Disponível

em:

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F52845728C38AF72B63F487C8E3ECDD1.node1?codteor=982072&filename=Tramitacao-PL+6826/2010. Acesso em 26/01/2013.

contratos administrativos e procedimentos licitatórios, demonstrando melhor capacidade de proporcionar respostas rápidas à sociedade”.¹⁴⁸

Outra inovação tida como “salutar” seria a responsabilização objetiva da pessoa jurídica, o que evitaria a dificuldade probatória do elemento subjetivo:

“Disposição salutar e inovadora é a responsabilização objetiva da pessoa jurídica. Isso afasta a discussão sobre a culpa do agente na prática da infração. A pessoa jurídica será responsabilizada uma vez comprovado o fato, o resultado e o nexo causal entre eles. Evita-se, assim, a dificuldade probatória de elementos subjetivos, como a vontade de causar um dano, muito comum na sistemática geral e subjetiva de responsabilização de pessoas naturais”.¹⁴⁹

A questão da responsabilização objetiva da pessoa jurídica será abordada oportunamente. Aqui, importa destacar que a referida proposta de responsabilização administrativa não decorre da inexistência de *dignidade penal* do bem jurídico ofendido. Antes, deve-se à suposta ineficácia e morosidade da jurisdição penal. Assim, para se esquivar das garantias fundamentais asseguradas aos acusados, o Estado prefere o *atalho* da responsabilização administrativa, ignorando que tais garantias devem vigorar também nessa seara. Tudo para proporcionar respostas rápidas à sociedade, mesmo que não seja a resposta certa, haja vista que a possível punição de quem não concorreu para o ilícito, além de revelar-se injusta, esvazia a utilidade da sanção.

Tais considerações têm por substrato as teorizações desenvolvidas pelas correntes quantitativa e qualitativa, evidenciando a relevância das contribuições oferecidas por essas duas escolas. Saliente-se, contudo, que esse reconhecimento não implica integral adesão aos seus fundamentos. Após enunciar os méritos das teorias em análise, passa-se a tratar de suas inconsistências.

1.3.2 As inconsistências das teorias qualitativa e quantitativa

Em síntese, os teóricos da corrente qualitativa sustentam que as condutas

¹⁴⁸

Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F52845728C38AF72B63F487C8E3ECDD1.node1?codteor=982072&filename=Tramitacao-PL+6826/2010. Acesso em 26/01/2013.

¹⁴⁹ Ibid.

delituosas seriam *mala in se* e as infrações administrativas *mala quia prohibita*. Há nessa construção um claro “artificialismo”, na expressão de Nelson HUNGRIA.¹⁵⁰

Tanto as normas que estabelecem crimes quanto as que criam infrações administrativas são normas jurídicas e integram o ordenamento jurídico. Ademais, ambas tem por objetivo preservar bens jurídicos tidos como relevantes pela coletividade.¹⁵¹ Caso contrário, não poderiam constituir um ilícito. Consoante o magistério de José Roberto Pimenta OLIVEIRA, “não se deve tipificar qualquer conduta, senão aquelas que lesionem ou coloquem em perigo os bens jurídico-administrativos, colimados e resguardados pela referida atividade”.¹⁵² Ademais, como bem salienta Manuel GÓMEZ TOMILLO, “a evidente diferença de gravidade entre alguns dos comportamentos de que se ocupam o Direito Penal e o Direito administrativo sancionador não se tem que traduzir em uma diferente natureza jurídica de um e outros ilícitos”.¹⁵³

Também não prospera a diferenciação entre os interesses dos indivíduos ou da sociedade, supostamente tutelados pelo Direito Penal, e os interesses da Administração Pública, que seriam resguardados pelo Direito Administrativo Sancionador. A Administração Pública não constitui um fim em si mesmo. Sua existência somente se justifica se sua atuação der-se em prol da coletividade. Daí Marçal JUSTEN FILHO asseverar que “o chamado ‘interesse secundário’ (Alessi) ou ‘interesse da Administração Pública’ não é público. Ousa-se afirmar que nem ao menos são ‘interesses’ na acepção jurídica do termo. São meras conveniências circunstanciais, alheias ao direito”.¹⁵⁴

Sem que se cogite haver ofensa à Constituição Federal de 1988, sanções administrativas têm sido cominadas para condutas que causam dano a direitos subjetivos como a saúde. É o caso da cassação de registro profissional do Médico, imposta pelos Conselhos Regionais de Medicina com fundamento no art. 22, “e”, da

¹⁵⁰ HUNGRIA, Nelson. **Ilícito Administrativo e Ilícito Penal**. Revista de Direito Administrativo: Seleção Histórica. p. 16.

¹⁵¹ GÓMEZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALES, Íñigo. **Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica Del Derecho Penal Administrativo**. 2ª. ed. Navarra: Arazandi/Thomson Reuters, 2010. p. 91.

¹⁵² OLIVEIRA, José Roberto Pimenta de. **Os Princípios da Razoabilidade e de Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 478.

¹⁵³ GÓMEZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALES, Íñigo. **Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica Del Derecho Penal Administrativo**. 2ª. ed. Navarra: Arazandi/Thomson Reuters, 2010. p. 82.

¹⁵⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 120.

Lei nº 3.268/67. Por outro lado, “tem sido uma constante o recurso às leis penais para atender interesses conjunturais do Estado ou de grupos de pressão”, dando ensejo a uma verdadeira “hiperinflação legislativa” em matéria criminal, consoante a lição de René Ariel DOTTI.¹⁵⁵ É o que ocorre, recorda Alexandre KNOPFHOLZ, “nos delitos tributários: uma vez efetuado o pagamento do tributo, extingue-se a punibilidade do réu. A criminalização da sonegação fiscal torna-se, pois, uma técnica auxiliar de arrecadação do Estado”.¹⁵⁶ Tais exemplos evidenciam a inconsistência da corrente qualitativa ao pretender diferenciar os ilícitos penal e administrativo por sua natureza.

O mesmo se diga da vertente quantitativa, aqui representada por CEREZO MIR, segundo o qual na demarcação dos limites entre o ilícito penal e o administrativo “deve ser levado em conta, primordialmente, a gravidade das infrações, do pondo de vista material (desvalor ético-social e cultural)”.¹⁵⁷ Com frequência, condutas idênticas são corretamente sancionadas tanto penal quanto administrativamente. Exemplo disso é o cometimento de fraude fiscal, que pode dar ensejo às sanções penais da Lei 8.137/90 e às sanções administrativas da Lei 8.666/93, nos termos do seu art. 88, I. Outro aspecto observado por GÓMEZ TOMILLO é que “dentro do mesmo Direito penal também se pode estabelecer uma gradação entre diversos bens jurídicos: não tem a mesma significação a vida que a saúde, a liberdade sexual que a intimidade ou a propriedade, etc”.¹⁵⁸

São essas incongruências que fazem com que predomine na doutrina brasileira a compreensão de que o critério formal, a seguir exposto, é o que melhor distingue os ilícitos penais e administrativos.

1.4 A prevalência do critério formal

De acordo com o pensamento de Celso Antônio Bandeira de MELLO, “reconhece-se a natureza administrativa de uma infração pela natureza da sanção que lhe corresponde, e se reconhece a natureza da sanção pela autoridade competente para

¹⁵⁵ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**. 4ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 111.

¹⁵⁶ KNOPFHOLZ, Alexandre. **A Denúncia Genérica nos Crimes Econômicos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013. p. 73.

¹⁵⁷ CEREZO MIR, José. **Sanções Penais e Administrativas no Direito Espanhol**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 1, n. 2, abr./jun. 1993. p. 31.

¹⁵⁸ GÓMEZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALES, Íñigo. **Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica Del Derecho Penal Administrativo**. 2ª. ed. Navarra: Arazandi/Thomson Reuters, 2010. p. 83.

impô-la”.¹⁵⁹ Assim, é administrativa a infração sujeita a uma sanção administrativa a ser aplicada por autoridade administrativa. Já o ilícito criminal está sujeito a uma sanção penal a ser imposta por autoridade judiciária. Esse entendimento é acompanhado por Eduardo Rocha DIAS¹⁶⁰, Heraldo Garcia VITTA¹⁶¹, Régis Fernandes de OLIVEIRA¹⁶² e Rafael Munhoz de MELLO, para quem “a escolha do tipo de ilícito – é dizer, se penal ou administrativo – implica a escolha de um tipo de sanção e, de consequência, a escolha de um regime jurídico”.¹⁶³

Daniel FERREIRA, que, na obra *Sanções Administrativas*¹⁶⁴, foi um dos precursores do critério formal, reviu em parte seu posicionamento. Em seu *Teoria Geral da Infração Administrativa a partir da Constituição Federal de 1988*, FERREIRA lamentou a conclusão, “fria e incauta”¹⁶⁵, de que “ao Cientista do Direito não é dado afirmar como deve ser o direito, mas tão-somente descrever o direito”.¹⁶⁶ Embora continue reconhecendo ao legislador ampla margem de liberdade para tipificar as condutas como infração administrativa ou penal, em seu trabalho mais recente o citado autor diz não se olvidar “do direito (como) *constitucionalmente* fincado – e dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade das leis – que impõe limites não apenas para a Administração Pública, mas também para o legislador ordinário”.¹⁶⁷ Ou seja, FERREIRA permanece sufragando o critério formal, mas sem descurar para a importância das correntes qualitativa e quantitativa, tal como sustentamos acima.

Essa tendência conciliadora dos diversos critérios, com prevalência para o formal, conta com a adesão de FIGUEIREDO DIAS. A pertinência da lição autoriza a longa transcrição:

“É por conseguinte através de um **índice conceitual-formal** que o

¹⁵⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 17^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 743.

¹⁶⁰ DIAS, Eduardo Rocha. *Sanções Administrativas aplicáveis a Licitantes e Contratados*. São Paulo: Dialética, 1997. p. 18.

¹⁶¹ VITTA, Heraldo Garcia. *A Sanção no Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 34.

¹⁶² OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Infrações e Sanções Administrativas*. 3^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 34.

¹⁶³ MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 60.

¹⁶⁴ FERREIRA, Daniel. *Sanções Administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 60.

¹⁶⁵ FERREIRA, Daniel. *Teoria Geral da Infração Administrativa a partir da Constituição Federal de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 180.

¹⁶⁶ Ibid., p. 179.

¹⁶⁷ Ibid., p. 180.

legislador decidiu operar praticamente a distinção entre crimes e contra-ordenações: se entende que um certo facto deve constituir uma contra-ordenação tem forçosamente de lhe aplicar, como sanção, uma **coima**. Esta decisão legislativa é de aplaudir. Dada a natureza altamente questionável, no plano doutrinal, dos critérios substanciais avançados para a distinção entre crimes e contra-ordenações, bem como (ainda mais) a patente dificuldade que quase sempre representa a aplicação de tais critérios a um concreto facto, pode mesmo afirmar-se que aquela solução é a única praticamente exequível. Ela não significa porém que *atrás* da decisão legislativa não estejam (e devam estar) razões de ordem **substancial** que a comandam e que ela deva respeitar”.¹⁶⁸

A prevalência do critério formal, e o consequente tratamento dos ilícitos penal e administrativos como categorias jurídicas da mesma natureza, permite que se lhes reconheça, tal como proposto por Manuel GÓMEZ TOMILLO, uma estrutura idêntica: “ambos são sempre ações típicas, antijurídicas e culpáveis” e “se orientam a proteção de bens jurídicos”.¹⁶⁹ É o que se analisará a seguir.

2. A ESTRUTURA DAS INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS

A Lei 8.666/93 não estabelece um conceito nem refere os elementos necessários à configuração de uma infração administrativa. E, de acordo com Daniel FERREIRA, a doutrina especializada não tem se debruçado com mais profundidade sobre o tema.¹⁷⁰ FERREIRA procura explicar essa lacuna afirmando que o foco sempre esteve sobre a sanção, embora o lógico fosse estudar, primeiro, a infração, pois “sem a comprovada e juridicamente qualificada ocorrência do ilícito administrativo não se cogita de sanção administrativa”.¹⁷¹

Entende-se, todavia, que os elementos que formam a estrutura da infração administrativa estão presentes na doutrina, mas geralmente sob a forma de princípios. É o que se infere, a título exemplificativo, do magistério de Eduardo GARCÍA DE ENTERRIA e Tomás-Ramón FERNÁNDEZ¹⁷², bem como de Rafael Munhoz de

¹⁶⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: Parte Geral, tomo I**. 1ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 161.

¹⁶⁹ GÓMEZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALES, Íñigo. **Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica Del Derecho Penal Administrativo**. 2ª. ed. Navarra: Arazandi/Thomson Reuters, 2010. p. 83.

¹⁷⁰ FERREIRA, Daniel. **Teoria Geral da Infração Administrativa a partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 228.

¹⁷¹ Ibid., p. 228.

¹⁷² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo, vol. 2**. 9ª ed. Madrid: Civitas, 2004. p. 174. Tradução nossa.

MELLO¹⁷³, os quais analisaram legalidade, tipicidade e culpabilidade como princípios de direito administrativo sancionador. Ainda assim, é possível identificar nos trabalhos de Manuel REBOLLO PUIG¹⁷⁴, Eduardo Sens dos SANTOS¹⁷⁵ e Manuel GÓMEZ TOMILLO¹⁷⁶, já mencionados, a adoção do conceito estratificado de infração administrativa eleito por Daniel FERREIRA. Para FERREIRA, “infração administrativa é, do ponto de vista, *analítico-formal*, o comportamento, típico, antijurídico e reprovável que enseja a aplicação, no exercício de função administrativa, de uma sanção de mesma ordem”.¹⁷⁷

Essa definição toma de empréstimo do Direito Penal o “conceito dominante” de crime na teoria do delito, segundo a lição de René Ariel DOTTI: “O crime é a conduta humana típica, ilícita e culpável”.¹⁷⁸ A única modificação sensível é a substituição da expressão conduta humana por comportamento, diante da imputabilidade das pessoas jurídicas em âmbito administrativo.

Como ensinam Eugenio Raúl ZAFFARONI e José Henrique PIERANGELI, “a teoria do delito é uma construção dogmática que nos proporciona um caminho lógico para averiguar se há delito em cada caso concreto”.¹⁷⁹ Destarte, a utilização do conceito estratificado de infração similar àquele consagrado na teoria do delito “tem um sentido garantista”, como observa Manuel GÓMEZ TOMILLO:

“Implica uma garantia irrenunciável de segurança jurídica: se exige-se tanto à Administração como aos juízes que verifiquem a existência de uma série de elementos comuns a todos os delitos ou infrações administrativas, se reclama-se que transitem necessariamente por todos esses elementos, facilita-se um processo

¹⁷³ MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 10-11.

¹⁷⁴ REBOLLO PUIG, Manuel. **El Derecho Administrativo Sancionador**. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.). *Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo: Obra em Homenagem a Eduardo García de Enterría*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 279.

¹⁷⁵ SANTOS, Eduardo Sens dos. **Tipicidade, Antijuridicidade e Culpabilidade nas Infrações Administrativas**. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 51, p. 229, Abr. 2005.

¹⁷⁶ GÓMEZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALES, Íñigo. **Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica Del Derecho Penal Administrativo**. 2ª. ed. Navarra: Aranzandi/Thomson Reuters, 2010. p. 83.

¹⁷⁷ FERREIRA, Daniel. **Teoria Geral da Infração Administrativa a partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 231.

¹⁷⁸ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**. 4ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 386. Na página 426 o autor justifica a opção pela expressão ilicitude ao invés de antijuridicidade afirmando que a primeira é a utilizada pelo sistema positivo.

¹⁷⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 386.

de tomada de decisões administrativas e uma jurisprudência unitárias, racionais e objetivas. Contribui-se com isso para afastar decisões que baseiam a existência de uma infração punível na subjetividade, na emotividade ou na intuição do aplicador do Direito”.¹⁸⁰

Adiante serão analisados os elementos estruturais da infração administrativa comumente aceitos pela doutrina, perquirindo-se, em cada caso, sua assimilação pela ordem constitucional brasileira.

2.1 A CONDUTA

O conceito de ação varia conforme a teoria adotada. Por fugir ao âmbito do presente estudo, não serão expostas as diversas teorias sobre a ação concebidas no âmbito do Direito Penal.¹⁸¹ Adotar-se-á como base a teoria final da ação, sistematizada por Hans WELZEL¹⁸², por ter sido esta a fonte de inspiração do Código Penal Brasileiro¹⁸³, por ser a mais difundida entre os penalistas contemporâneos¹⁸⁴ e também por ser aceita entre os administrativos Marçal JUSTEN FILHO¹⁸⁵ e Daniel FERREIRA.¹⁸⁶

2.1.1 A ação

¹⁸⁰ GÓMEZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALES, Íñigo. **Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica Del Derecho Penal Administrativo**. 2ª. ed. Navarra: Arazandi/Thomson Reuters, 2010. p. 285. Tradução nossa.

¹⁸¹ Para um exame mais aprofundado, confira-se: VON LISZT, Franz. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. Editores, 1899. p. 193 e ss; ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría de delito**. 2ª. ed. Madrid: Civitas, 1997. p. 196 e ss; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: Parte Geral, tomo I**. 1ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 238; DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**. 4ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 394; GUARAGNI, Fábio André. **As Teorias da Conduta em Direito Penal: Um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista**. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

¹⁸² WELZEL, Hans. **Derecho Penal Aleman: Parte General**. 11ª. ed. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1997.

¹⁸³ Nesse sentido: DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**. 4ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 397.

¹⁸⁴ Nesse sentido: FERREIRA, Daniel. **Teoria Geral da Infração Administrativa a partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 125; SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal: parte geral**. 2ª. ed. Curitiba: IPCPC; Lumen Júris, 2007. p. 78; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria Geral do Delito**. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 14.

¹⁸⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11ª. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 617.

¹⁸⁶ FERREIRA, Daniel. **Teoria Geral da Infração Administrativa a partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 231.

Heleno Cláudio FRAGOSO define ação como “atividade humana conscientemente dirigida a um fim”.¹⁸⁷ De acordo com Hans WELZEL, “o caráter final da ação, baseia-se no fato de que o homem, graças ao seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as possíveis consequências de sua conduta, designar-lhe fins diversos e dirigir sua atividade, conforme um plano, à consecução desses fins”.¹⁸⁸

A idealização do fim e “a seleção dos meios para sua obtenção” representa, para Eugenio Raúl ZAFFARONI e José Henrique PIERANGELI, o “aspecto interno da conduta”¹⁸⁹, que, segundo WELZEL, “transcorre completamente na esfera do pensamento”.¹⁹⁰ O aspecto externo consiste no “desencadeamento da causalidade em direção à produção do resultado”¹⁹¹, momento em que “o autor *leva a cabo* sua ação no mundo real”.¹⁹²

Conforme o exemplo oferecido por Hans WELZEL, essa teoria explica porque a enfermeira que, sem suspeitar de nada, aplica uma injeção que conduz o paciente ao óbito, “realiza, sem dúvida uma ação final de injetar, mas não uma ação final de matar”.¹⁹³ Embora a morte tenha sido causada por sua atuação voluntária, esse não era o conteúdo da vontade que desencadeou a ação.

Para WELZEL, “as normas só podem mandar ou proibir uma conduta final”¹⁹⁴, isto é, uma conduta dirigida a determinada finalidade. “Processos causais cegos”¹⁹⁵, como o da enfermeira que, sem jamais visualizar a morte do paciente, acabou por ocasioná-la, devem permanecer alheios ao direito sancionador. “A espinha dorsal da ação finalista”, diz Hans WELZEL, “é a vontade”.¹⁹⁶

Isso, porém, não significa que o autor alemão admita apenas os delitos comissivos dolosos. WELZEL também se refere às normas que disciplinam a “forma

¹⁸⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: A Nova Parte Geral**. 8^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 152.

¹⁸⁸ WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal: Uma introdução à doutrina da ação finalista**. 3^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 31.

¹⁸⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 417.

¹⁹⁰ WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal: Uma introdução à doutrina da ação finalista**. 3^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 32.

¹⁹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 417.

¹⁹² WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal: Uma introdução à doutrina da ação finalista**. 3^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 33.

¹⁹³ Ibid., p. 35.

¹⁹⁴ Ibid., p. 38.

¹⁹⁵ Ibid., p. 37.

¹⁹⁶ Ibid., p. 32.

de seleção e aplicação dos meios, independente dos fins que queira realizar o autor”.¹⁹⁷ Destarte, a enfermeira encarregada de aplicar a injeção para promover a cura do paciente está obrigada a certificar-se previamente da adequação do líquido injetado, “com o fim de evitar efeitos concomitantes não queridos e socialmente não desejados”.¹⁹⁸ Trata-se dos delitos comissivos culposos.

O idealizador da teoria finalista também discorreu sobre os delitos omissivos, previstos em normas que exigem “a realização de ações para *evitar* resultados socialmente indesejados”.¹⁹⁹

2.1.2 A omissão

Ainda segundo Hans WELZEL, “existem normas jurídicas que ordenam ações para a produção de resultados socialmente desejados ou para evitar aqueles socialmente indesejados. Estas normas são violadas mediante a omissão da conduta determinada”.²⁰⁰ WELZEL prossegue afirmando que ação e omissão são “subclasses independentes dentro da ‘conduta’ suscetível de ser regida pela vontade final” e que a omissão é a falta de “uma ação possível do autor”.²⁰¹ Portanto, “somente aquela ação que está subordinada ao poder final do fato (domínio do fato) de uma pessoa, pode ser omitida”.²⁰²

Delito de omissão próprio é aquele em que a norma impõe um dever de atuar, dever esse que não é correspondido. Dentre as infrações administrativas à Lei 8.666/93, uma que pode ser classificada como omissiva própria é a que, “pela inexecução total ou parcial do contrato” (art. 87), sujeita o contratado a sanções.

No delito de omissão impróprio não é a norma que determina a prática de certa conduta. Ao contrário, é a omissão de uma conduta desejável que conduz à realização do resultado proibido pela norma. O exemplo citado por WELZEL é o da mãe que responde pela morte do filho causada por falta de alimentação.²⁰³

¹⁹⁷ WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal: Uma introdução à doutrina da ação finalista**. 3^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 38.

¹⁹⁸ Ibid., p. 38.

¹⁹⁹ Ibid., p. 39.

²⁰⁰ WELZEL, Hans. **Derecho Penal Aleman: Parte General**. 11^a. ed. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1997. p. 237. Tradução nossa.

²⁰¹ Ibid., p. 238. Tradução nossa.

²⁰² Ibid., p. 238. Tradução nossa.

²⁰³ Ibid., p. 240. Tradução nossa.

2.1.3 A divergência em torno da capacidade de ação da pessoa jurídica

Os artigos 86 e 87 da Lei 8.666/93 referem-se à figura do contratado como destinatário das sanções neles previstas. Conforme a definição do art. 6º, XV, da Lei 8.666/93, contratado é toda “pessoa física ou jurídica signatária de contrato com a Administração Pública”. Além disso, o art. 88 estende duas das sanções previstas nos artigos anteriores “às empresas ou aos profissionais” que praticarem as condutas nele especificadas. É inequívoco, portanto, que a pessoa jurídica sujeita-se às sanções da Lei 8.666/93.

Porém, a primeira questão que se coloca é se a pessoa jurídica é o sujeito ativo da infração ou mera responsável pela conduta das pessoas físicas que a representam. Entende-se que a primeira alternativa é a correta. É a pessoa jurídica que, contratada, assume a obrigação de executar o contrato. Logo, somente ela pode ser o sujeito ativo da infração de “inexecução total ou parcial do contrato” (Lei 8.666/93, art. 87).

Esse também é o pensamento de Marcelo Madureira PRATES:

“ Assim, nos casos em que a responsabilidade pelo cumprimento de um dever administrativo é exclusiva de uma pessoa coletiva, apenas ela pode ser sancionada pelos desvios concernentes a esse dever, em prol da *regra da pessoalidade da sanção*, de origem penal, mas com inegável relevância para o direito administrativo sancionador, especialmente quando se possa verificar que a prática do ilícito redunde em benefício direto da própria pessoa coletiva, e não dos seus dirigentes.

É uma questão de paralelismo: se a pessoa jurídica é capaz de possuir e exercer direitos e deveres no plano administrativo, ela também é capaz de responder pelos descumprimentos que lhe sejam imputáveis nesse domínio”.²⁰⁴

Todavia, a conclusão de que, se a pessoa jurídica é capaz de contrair deveres, a ela deve se imputado o seu descumprimento, suscita outro questionamento relativo à capacidade de ação – ação enquanto elemento da infração administrativa - da pessoa jurídica. Segundo Juarez Cirino dos SANTOS, esse é, talvez, o tema “de direito penal mais controvertido da atualidade”.²⁰⁵ O próprio Professor Cirino dos SANTOS faz uma defesa enfática e consistente da irresponsabilidade penal da pessoa jurídica,

²⁰⁴ PRATES, Marcelo Madureira. **Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 98.

²⁰⁵ SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal: parte geral**. 2ª. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Júris, 2007. p. 425.

justificando que “a estrutura legal *impessoal* da pessoa jurídica não suporta as categorias conceituais da responsabilidade penal *pessoal* dos seres humanos”.²⁰⁶

Recorde-se que, por empréstimo da doutrina penal, definiu-se, acima, a ação como “atividade humana”.²⁰⁷ Nesse sentido, René Ariel DOTTI assevera que a responsabilização penal da pessoa jurídica ofende os princípios relativos à teoria do crime, primeiramente, porque a conduta, “como primeiro elemento estrutural do crime, é produto do *homem*”.²⁰⁸ Para ele, somente as pessoas naturais possuem o “*poder de decisão pessoal* entre fazer ou não fazer alguma coisa”²⁰⁹, destacando que a literatura nacional e internacional, “independentemente de suas concepções acerca das teorias sobre a ação, também repudia a hipótese da conduta ser atribuída à pessoa jurídica”.²¹⁰

De acordo com Juarez Cirino dos SANTOS, a falta de aparelho psíquico, além de tornar a pessoa jurídica incapaz de ação, também a torna incapaz de dolo, “como *vontade consciente de realizar um crime*”: “se *vontade* é energia psíquica individual produtora da *ação típica*, e *consciência* é direção inteligente daquela energia psíquica individual, então esses componentes não podem existir no vazio psíquico da *impessoal vontade coletiva* da pessoa jurídica”.²¹¹ O mesmo motivo, a ausência da “*faculdade psíquica* da pessoa individual”²¹², inviabilizaria ainda a aferição da culpabilidade da pessoa jurídica, segundo Cezar Roberto BITENCOURT. Assim, conclui Cirino dos SANTOS, “a tese da responsabilidade penal *impessoal* da pessoa jurídica racha de alto-a-baixo o conceito de crime”²¹³, o qual “não pode ser (re)construído com base na indefinível *vontade coletiva* ou *pragmática* produtora da

²⁰⁶ SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal: parte geral**. 2^a. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Júris, 2007. p. 431.

²⁰⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: A Nova Parte Geral**. 8^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 152.

²⁰⁸ DOTTI, René Ariel. **A incapacidade crimina da pessoa jurídica – (Uma perspectiva do Direito Brasileiro)**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, Editora Revista dos Tribunais, vol. 11, p. 184 et seq., Jul. 1995.

²⁰⁹ Ibid.

²¹⁰ DOTTI, René Ariel. **A incapacidade crimina da pessoa jurídica – (Uma perspectiva do Direito Brasileiro)**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, Editora Revista dos Tribunais, vol. 11, p. 184 et seq., Jul. 1995.

²¹¹ SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal: parte geral**. 2^a. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Júris, 2007. p. 435.

²¹² BITENCOURT, Cezar Roberto. A (ir)responsabilidade penal da pessoa jurídica – incompatibilidades dogmáticas. In: OSÓRIO, Fábio Medina (Coord.). **Direito Sancionador: sistema financeiro nacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 107.

²¹³ SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal: parte geral**. 2^a. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Júris, 2007. p. 438.

ação institucional da pessoa jurídica”.²¹⁴

A divergência acerca da imputabilidade penal da pessoa jurídica extrapola os limites do presente trabalho. Esta breve referência à controvérsia existente em outra disciplina é relevante, na medida em que as ideias desenvolvidas pela teoria do delito foram aqui aproveitadas na construção de um conceito de infração administrativa. E, nesse sentido, a conclusão de que responsabilidade penal da pessoa jurídica “racha de alto-a-baixo” o conceito de crime poderia revelar uma certa incoerência, já que este trabalho, a um só tempo, admite a responsabilidade administrativa da pessoa jurídica e incorpora elementos da teoria do crime. Todavia, não há incoerência.

Como se demonstrou acima, o direito punitivo é único e não há distinção ontológica entre a infração penal e administrativa. Isso permite que, “com matizes”²¹⁵, o Direito Administrativo utilize os princípios e os “instrumentos que lhe proporciona o Direito Penal simplesmente porque lhes são úteis por causa de seu amadurecimento e de sua superioridade teórica”.²¹⁶ A teoria do delito e o conceito estratificado de crime são dois desses instrumentos, os quais, por propiciarem segurança jurídica na aplicação das normas sancionadoras, permanecerão sendo utilizados, ainda que, para tanto, sejam necessárias algumas adaptações.

Os penalistas têm realizado esforço nesse sentido, diante do fato de que diversos países têm admitido a responsabilidade penal da pessoa jurídica.²¹⁷ Klaus TIEDEMANN, por exemplo, propõe um “paralelismo” com as categorias fundamentais de direito penal utilizadas para a responsabilização da pessoa física:

“Em resumo, o conteúdo das categorias fundamentais do direito penal não permanece igual quando se quer compreender penalmente os agrupamentos delituosos. Mas o paralelismo de conteúdo destas categorias permite incluir a responsabilidade do agrupamento no sistema penal ao lado da responsabilidade individual tendo em conta assim, a nível de sanções, a ‘coletivização’ da vida econômica e social”.²¹⁸

²¹⁴ SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal: parte geral**. 2ª. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Júris, 2007. p. 449.

²¹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**, vol. 2. 9ª ed. Madrid: Civitas, 2004. p. 168. Tradução nossa.

²¹⁶ NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 4ª. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 86. Tradução nossa.

²¹⁷ Segundo Alejandro NIETO: “Todos os países anglosaxões, Holanda, França, Reino Unido, Finlândia, Irlanda e Dinamarca estão a favor de sua capacidade penal, como também a jurisprudência da União Européia. Os países que rechaçam são minoritários” (Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 4ª. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 86. Tradução nossa).

²¹⁸ TIEDEMANN, Klaus. **Responsabilidad Penal de Persona Jurídicas e Empresas no Direito Comparado**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, Editora Revista dos Tribunais, vol. 11, p. 21 et

No mesmo sentido, Jorge de Figueiredo DIAS aponta para o “modelo da culpa analógica”, fundado na compreensão de “que os entes colectivos podem ser, enquanto tais, destinatários da norma jurídico-penal e que a culpa do ente colectivo não é só comprovável no direito civil, como, constituindo uma realidade social *a se*, também no direito penal”.²¹⁹

A questão da culpabilidade da pessoa jurídica no Direito Administrativo Sancionador será desenvolvida oportunamente. No que concerne à (re)construção de um conceito de ação para o Direito Administrativo Sancionador que seja compatível com a natureza da pessoa jurídica, Àngeles DE PALMA DEL TESO propõe que se considere que “a vontade da pessoa jurídica se manifesta através dos órgãos integrados em sua estrutura, e que as decisões produtos de sua vontade só podem se manifestar por meio de pessoas físicas”²²⁰:

“É inegável que as decisões fruto da vontade da pessoa jurídica só podem materializar-se através das ações das pessoas físicas que integram seus órgãos; sem embargo, estas ações são plenamente imputáveis à pessoa jurídica já que são produto da sua vontade, os órgãos ou representantes atuam nestes casos como simples instrumentos da pessoa jurídica. Portanto, ainda que a pessoa jurídica somente possa realizar suas ações através de seus órgãos ou representantes, isso não impede que se lhe impute um fato apenas formalmente alheio, sendo possível falar em autoria da própria organização”.²²¹

Esse também é o pensamento de Alejandro NIETO: “a chamada teoria do órgão serve cabalmente para imputar legalmente à pessoa jurídica os atos que realizam as pessoas físicas nela integradas”.²²² No mesmo sentido, Manuel GÓMEZ TOMILLO, estribado nas lições de BACIGALUPO SAGESE, afirma que: “uma ação realizada em nome da pessoa jurídica deve ser considerada como ação própria dela mesma”.²²³

seq., Jul. 1995. Tradução nossa.

²¹⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: Parte Geral, tomo I**. 1ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 299.

²²⁰ DE PALMA DEL TESO, Àngeles. **El principio de culpabilidade en el derecho administrativo sancionador**. Madri: Tecnos, 1996. p. 201.

²²¹ Ibid., p. 203.

²²² NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 4ª. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 86. Tradução nossa.

²²³ GÓMEZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALES, Íñigo. **Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica Del Derecho Penal Administrativo**. 2ª. ed. Navarra:

A doutrina brasileira partilha desta orientação. De acordo com Fábio Medina OSÓRIO, “a atuação, essa objetiva capacidade de atuar das pessoas jurídicas, resulta da personalidade jurídica dessas entidades, que podem, portanto, manifestar uma específica vontade juridicamente relevante, embora fictícia”.²²⁴ Partindo de uma perspectiva “realista”, o autor conclui que é a pessoa jurídica quem “atua ilicitamente, pratica fatos objetivamente proibidos pela ordem jurídica”, conquanto não se ignore que, “necessariamente, haverá uma vontade por trás do atuar da pessoa jurídica”.²²⁵ Régis Fernandes de OLIVEIRA²²⁶, Heraldo Garcia VITTA²²⁷ e Rafael Munhoz de MELLO²²⁸ concordam com esse entendimento.

Já Eduardo Rocha DIAS tem posição diversa. Para ele, a pessoa jurídica não possui capacidade de ação. “O infrator é a pessoa física, autora do fato, por exemplo, mas o responsável é a pessoa jurídica a quem se vincula o infrator, desde que, efetivamente, tenha se beneficiado pecuniariamente da infração com ofensa à ordem jurídica”.²²⁹ Respeitosamente, entende-se que essa construção não procede, especialmente tratando-se de infrações e sanções em licitações e contratos.

Se a obrigação é própria da pessoa jurídica, a pessoa física não pode infringi-la. Vale dizer, se é a pessoa jurídica a contratada, somente ela pode incidir na infração de inexecução contratual, por exemplo. Logo, o infrator é a pessoa jurídica, ainda que a inexecução tenha sido, em última análise, causada pela falha de uma pessoa física que a representa.

Igualmente, não procede a afirmação de que a percepção de benefício pecuniário é condição para que a pessoa jurídica responda pela infração cometida por uma pessoa jurídica a ela vinculada. Oportunamente serão analisadas as diversas espécies de sanções, bem como os requisitos para a sua transmissibilidade. Por ora, é importante frisar que a responsabilidade administrativa não tem relação direta com o proveito econômico derivado da infração.

Arazandi/Thomson Reuters, 2010. p. 305.

²²⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 3^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 375.

²²⁵ Ibid., p. 375.

²²⁶ OLIVEIRA, Régis Fernandes. **Infrações e Sanções Administrativas**. 3^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 102.

²²⁷ VITTA, Heraldo Garcia. **A Sanção no Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 48.

²²⁸ MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 207.

²²⁹ DIAS, Eduardo Rocha. **Sanções Administrativas aplicáveis a Licitantes e Contratados**. São Paulo: Dialética, 1997. p. 44.

2.1.4 Sistematização das formas de ação da pessoa jurídica

Visto que a pessoa jurídica age por meio da vontade e dos atos manifestados pelas pessoas físicas que a integram, cumpre indagar quais as condições para que o ato (comissivo ou omissivo) de uma pessoa física seja considerado uma ação da pessoa jurídica.

Em um estudo de direito comparado, Klaus TIEDEMANN menciona que “três modelos diferentes são utilizados pelos legisladores e pelas jurisprudências para resolver esta questão”.²³⁰ No primeiro, “a responsabilidade da empresa somente se desencadeia por atos e omissões dos órgãos ou representantes legais, juridicamente qualificados para atuar em nome da empresa”.²³¹

O segundo modelo, que se opõe ao primeiro, considera “os atos de toda pessoa que atue em nome da empresa ou em favor dela”.²³² Essa parece ser a inspiração do Projeto de Lei 6826/2010, em trâmite na Câmara dos Deputados, que “dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira”.²³³ Consoante o art. 2º, parágrafo único:

“Parágrafo único. A responsabilização da pessoa jurídica ocorrerá independentemente da:

- I - natureza do vínculo entre quem pratica o ato e a pessoa jurídica beneficiada;
- II - existência de autorização superior ou poder de representação; e
- III – obtenção ou não da vantagem ou do benefício almejado”.

Ora, quem não possui vínculo com a empresa, tampouco autorização ou poder de representação, não manifesta a vontade da pessoa jurídica, ainda que aparentemente atue em seu favor. Portanto, esse modelo configura um verdadeiro rompimento com a ideia de ação como um dos elementos estruturais do conceito de infração, sendo, por isso, inadequado.

²³⁰ TIEDEMANN, Klaus. **Responsabilidad Penal de Persona Jurídicas e Empresas no Direito Comparado**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, Editora Revista dos Tribunais, vol. 11, p. 21 et seq., Jul. 1995. Tradução nossa.

²³¹ Ibid. Tradução nossa.

²³² Ibid. Tradução nossa.

²³³

Disponível

em:

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F52845728C38AF72B63F487C8E3ECDD1.node1?codteor=982072&filename=Tramitacao-PL+6826/2010. Acesso em 26/01/2013.

O terceiro modelo, denominado misto, introduz uma espécie de “teste gerencial” para “limitar assim a responsabilidade demasiado extensa do segundo modelo, deixando de lado as ações de pessoas que não tem nenhum poder de decisão”.²³⁴ Essa alternativa pretende conciliar o primeiro modelo com a constatação realista de que as atividades das pessoas jurídicas não são desenvolvidas exclusivamente por seus órgãos ou representantes. Todavia, ela padece do grave defeito de dispensar a exigência de capacidade jurídica para que a pessoa física exerça validamente um ato de vontade em nome da pessoa coletiva.

Assim, entende-se que o mais compatível com os princípios do direito sancionador e com os fins da pena, adiante examinados, é a adoção do primeiro modelo, acrescido da possibilidade de imputar à empresa a responsabilidade pela omissão quanto ao dever de vigilância e controle dos seus empregados. Ressalve-se, contudo, que esse dever não é o de evitar em absoluto a ocorrência da infração, mas tão-somente de adoção das cautelas necessárias para que esta não se realize.

Jorge de FIGUEIREDO DIAS manifesta posicionamento similar, ao aplaudir projeto de lei português que, reconhecendo a responsabilidade penal da pessoa jurídica, dispõe:

“o facto será atribuído ao ente colectivo quando o crime seja cometido **em nome do ente colectivo e no interesse colectivo** por pessoas que nele ocupam uma **posição de liderança**, ou por quem **aja sob a autoridade dessas pessoas em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhe incumbem**”.²³⁵

Esse modelo está em harmonia com a exigência de ação como pressuposto da infração, pois, conforme a observação de Àngeles DE PALMA DEL TESO, “não se exige responsabilidade da pessoa jurídica por um fato alheio, senão por sua própria conduta: não haver adotado as medidas de precaução que haveriam evitado a infração”.²³⁶

2.1.5 Conclusão parcial

²³⁴ TIEDEMANN, Klaus. **Responsabilidad Penal de Persona Jurídicas e Empresas no Direito Comparado**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, Editora Revista dos Tribunais, vol. 11, p. 21 et seq., Jul. 1995. Tradução nossa.

²³⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: Parte Geral, tomo I**. 1ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 303.

²³⁶ DE PALMA DEL TESO, Àngeles. **El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador**. Madri: Tecnos, 1996. p. 204.

Ante o exposto, pode-se concluir que quando a infração administrativa é imputável a uma pessoa física, ação pode ser conceituada como atividade humana conscientemente dirigida a um fim, consoante a clássica definição de Heleno Cláudio Fragoso.²³⁷

Quando, todavia, a infração administrativa é imputável a uma empresa, faz-se necessária uma adaptação aos conceitos tradicionais desenvolvidos pela teoria do delito, podendo-se conceituar ação como atividade dirigida a um fim, e que, quando é manifestada por pessoa jurídica, é desencadeada por intermédio de seus órgãos ou representantes legais, bem como por aqueles que estejam atuando sob o controle destes.

2.2 A TIPICIDADE

2.2.1 O fundamento constitucional do princípio da tipicidade no Direito Administrativo

A tipificação é um dos assuntos mais controvertidos em matéria de infrações administrativas. O art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal dispõe que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Como ensina José Roberto Pimenta OLIVEIRA, esse dispositivo consagra “o princípio da tipicidade, o qual embora literalmente atrelado à esfera criminal, tem sua força normativa extensível a toda forma de *jus puniendi*, inclusive ao sancionamento administrativo”.²³⁸

Mesmo que se entendesse que o aludido preceito não se aplica às infrações administrativas, o princípio da tipicidade derivaria do art. 37, *caput*, da Constituição Federal, pelo qual a Administração pública “obedecerá” princípio da legalidade, e, ainda, do art. 5º, II, da mesma norma, que preceitua: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Com efeito, o princípio da

²³⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: A Nova Parte Geral**. 8ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 152.

²³⁸ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta de. **Os Princípios da Razoabilidade e de Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 474. No mesmo sentido: MOREIRA, Egon Bockmann. **Agências Administrativas, Poder Regulamentar e o Sistema Financeiro Nacional**. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. *Estudo de Direito Econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p.154.

legalidade se desenvolve, segundo o magistério de Alejandro NIETO, “em duas vertentes: uma formal, que geralmente se denomina exigência de reserva legal, e outra material conhecida de ordinário como mandato de tipificação legal”.²³⁹

Como bem observa Marçal JUSTEN FILHO, “tipificar legislativamente a ilicitude e sua sanção equivale a atribuir ao particular a possibilidade de escolha entre o lícito e o ilícito”.²⁴⁰ Aí reside a principal função do tipo: conferir ao cidadão a possibilidade de escolher entre o certo e o errado, bem como informá-lo sobre as consequências de suas opções. Assim, somente poderão ser consideradas infrações aqueles comportamentos *anteriormente* previstos na norma como tais. Trata-se da exigência de *lex previa*. Outra decorrência do princípio da tipicidade é a obrigação de *definir* ou descrever de forma satisfatória a conduta infracional e a sanção respectiva. Trata-se da exigência de *lex certa*, a qual, entretanto, não é observada integralmente pela Lei 8.666/93.

2.2.1.1 A Lei 8.666/93 e as divergências doutrinárias acerca da configuração do princípio da tipicidade no Direito Administrativo

O art. 81 reza que “a recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo estabelecido pela Administração, caracteriza o descumprimento total da obrigação assumida, sujeitando-o às penalidades legalmente estabelecidas”. Além de valer-se de um conceito indeterminado (“recusa injustificada”), tema que será abordado adiante, o dispositivo não especifica qual ou quais as sanções a que está sujeito o adjudicatário que injustificadamente não assinar o contrato. Ou seja, a norma não permite que o adjudicatário anteveja com clareza e precisão as consequências da sua conduta, deixando em aberto se a sanção será advertência (art. 87, I), multa (art. 87, II), suspensão do direito de licitar (art. 87, III) ou declaração de inidoneidade (art. 87, IV).

O mesmo problema se repete no art. 87, *caput*, da Lei 8.666/93, o qual prevê que as sanções acima indicadas poderão ser aplicadas em virtude de “inexecução total ou parcial do contrato”. A regra não esclarece quais sanções incidirão em caso de inexecução total e quais incidirão em caso de inexecução parcial. Tampouco se sabe

²³⁹ NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 4^a. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 296. Tradução nossa.

²⁴⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11^a. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 615.

se qualquer inexecução ensejará a aplicação de uma das sanções. Diante dessa aparente contradição com o texto constitucional, diversas opiniões surgem na doutrina.

Para Celso Antônio Bandeira de MELLO,

“Como a lei não efetuou prévia descrição das hipóteses em que cabem a suspensão do direito de licitar e o impedimento de contratar, nem aquelas em que caberia a declaração de inidoneidade, entendemos que tais sanções só poderão ser aplicadas no caso de comportamentos tipificados como crime”.²⁴¹

No mesmo sentido, Joel de Menezes NIEBUHR afirma que:

“em regra, a aplicação das sanções administrativas prescritas nos incisos III e IV do art. 87 da Lei nº 8.666/93 não se harmoniza com o princípio da tipicidade e, pois, com a Constituição Federal, haja vista que o legislador omitiu-se a respeito dos pressupostos de fato (tipos) específicos que autorizam sua imposição”.²⁴²

Outros autores procuram distinguir o alcance do princípio da tipicidade nas relações de sujeição geral e especial. É o que propõe Daniel FERREIRA, segundo o qual “para os regimes de sujeição especial há de se reconhecer uma solução mais flexível: previsão em lei das possíveis sanções e autorização genérica na lei para estatuição das infrações”.²⁴³ Rafael Munhoz de MELLO²⁴⁴, Eduardo Rocha DIAS²⁴⁵, Fábio Medina OSÓRIO²⁴⁶ e Heraldo Garcia VITTA²⁴⁷ e Carlos Ari SUNDFELD²⁴⁸ também são partidários de um abrandamento do princípio da tipicidade no âmbito das relações de sujeição especial. Ocorre que não há o mínimo consenso sobre os limites desse abrandamento e, até mesmo, sobre a efetiva configuração da relação entre a

²⁴¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 17^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 529.

²⁴² NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 2^a. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 973. Em sentido semelhante, confira-se: MUKAI, Toshio. **Licitações e Contratos Administrativos**. 7^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 200.

²⁴³ FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 91.

²⁴⁴ MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 165.

²⁴⁵ DIAS, Eduardo Rocha. **Sanções Administrativas aplicáveis a Licitantes e Contratados**. São Paulo: Dialética, 1997. p. 62.

²⁴⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 3^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 201.

²⁴⁷ VITTA, Heraldo Garcia. **A Sanção no Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 34.

²⁴⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 25.

administração pública e seus contratados como de especial sujeição.

Para Eduardo Rocha DIAS, “a aplicação de sanções administrativas a licitantes e contratados se situa no quadro de relações especiais de sujeição, mantidas pelo Estado com particulares”.²⁴⁹ Clarissa Sampaio SILVA, como visto, diverge dessa opinião, entre outras razões, porque “não há *afetação a direitos fundamentais* do concessionário pelo simples exercício, pela Administração, de seus poderes de titular do serviço”.²⁵⁰ Já para Fábio Medina OSÓRIO, algumas sanções contratuais sequer poderiam ser consideradas sanções administrativas, por estarem ligadas “exclusivamente ao contrato”.²⁵¹ Segundo ele, somente “se da relação contratual emergem pretensões punitivas com alcance geral e *pro futuro*, parece que haverá uma submissão dessa medida ao regime jurídico básico do Direito Administrativo Sancionador”.²⁵² Por essa linha de raciocínio, apenas a suspensão do direito de licitar e a declaração de inidoneidade configurariam verdadeiras sanções administrativas, conclusão que, como se verá oportunamente, não possui nenhum respaldo no ordenamento jurídico.

Entre os que defendem um abrandamento do princípio da tipicidade nas relações de sujeição especial, Rafael Munhoz de MELLO exige que as sanções sejam criadas por lei formal, mas admite que a Administração Pública crie infrações administrativas²⁵³, sintetizando que:

“a única diferença entre as relações de sujeição geral e as de sujeição especial diz respeito à hierarquia da norma que tipifica a conduta. No primeiro caso a lei formal deve tipificar previamente, com clareza e precisão, a infração administrativa. No segundo caso, se assim autorizar a lei, o regulamento deve tipificar previamente, com clareza e precisão, a infração administrativa”.²⁵⁴

Heraldo Garcia VITTA é ainda mais restritivo, aduzindo que em relações de sujeição especial: a) “será possível a utilização de conceitos jurídicos indeterminados

²⁴⁹ DIAS, Eduardo Rocha. **Sanções Administrativas aplicáveis a Licitantes e Contratados**. São Paulo: Dialética, 1997. p. 62.

²⁵⁰ SILVA, Clarissa Sampaio. **Direitos Fundamentais e Relações Especiais de Sujeição: O caso dos Agentes Públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 153.

²⁵¹ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 3^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 101.

²⁵² Ibid., p. 101.

²⁵³ MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 166.

²⁵⁴ Ibid., p. 167.

ou cláusulas gerais, *apenas quando houver a impossibilidade* de o legislador prever todos os comportamentos que possam ser sancionados”; b) se houver a necessidade de utilizar conceitos jurídicos indeterminados, “somente a lei formal, editada pelo Legislativo, poderá contê-las, a fim de garantir o mínimo de segurança aos indivíduos ligados à administração”; c) “a lei, ao utilizar conceitos abertos ou indeterminados, ou cláusulas gerais, deverá determinar, *taxativamente*, as *sanções correlatas*”.²⁵⁵

Submetendo-se o art. 87 da Lei 8.666/93 aos parâmetros colocados por VITTA, pode-se afirmar que a conclusão do autor seria pela inaplicabilidade do preceito, que se vale de conceitos indeterminados (“inexecução total ou parcial do contrato”), sem, no entanto, estipular as sanções correlatas. Já Rafael Munhoz de MELLO vai de um extremo ao outro. Dispensa a observância ao princípio da tipicidade para a aplicação de advertência e multa, por enquadrá-las, tal como proposto por Fábio Medina OSÓRIO, no conceito de sanções contratuais.²⁵⁶ Porém, exige “tipicidade em lei formal” - como se a relação fosse de sujeição geral – “para a aplicação das sanções previstas nos incisos III e IV do art. 87 da Lei 8.666/93”, pois não são penalidades que se esgotam “no âmbito do contrato, mas, sim, de medida que produz efeitos externos à relação contratual, restringindo a liberdade do particular de participar de outros certames e de celebrar outros contratos com a Administração Pública”.²⁵⁷ Em sentido semelhante, Lúcia Valle FIGUEIREDO entende que somente a declaração de inidoneidade “deve estar rigorosamente tipificada na lei, sob pena de inconstitucionalidade”.²⁵⁸ As demais sanções “não necessitariam de tipificação legal”.²⁵⁹

Eduardo Rocha DIAS, que, como visto, insere as sanções em licitações no quadro das relações de sujeição especial, admite o estabelecimento, por lei formal, de “tipos infracionais mais abertos”.²⁶⁰ Mas, diante da abertura do tipo, o autor recomenda que “o edital e o contrato estabeleçam uma relação, ainda que exemplificativa, das infrações puníveis com as sanções referidas neste artigo”.²⁶¹

²⁵⁵ VITTA, Heraldo Garcia. **A Sanção no Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 93.

²⁵⁶ MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 140.

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 140.

²⁵⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Direito dos Licitantes**. 4^a. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 90.

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 90.

²⁶⁰ DIAS, Eduardo Rocha. **Sanções Administrativas aplicáveis a Licitantes e Contratados**. São Paulo: Dialética, 1997. p. 63.

²⁶¹ *Ibid.*, p. 80.

A despeito dessa recomendação, Eduardo Rocha DIAS conclui que:

“Mesmo que o edital ou o contrato silenciem no tocante às infrações e às sanções a serem aplicadas a licitantes e contratados, ou se restrinjam a uma genérica remissão à Lei 8.666/93, deverão ser aplicadas sanções. Do contrário, estar-se-ia privilegiando a impunidade. [...]. Caso se reconhecesse que a inexistência de determinação no edital ou no contrato dos pressupostos de sancionamento fosse óbice a punição, estar-se-ia colocando nas mãos do mau administrador público a possibilidade de evitar o sancionamento, bastando-lhe, para tal fim, omitir referida especificação”.²⁶²

O argumento não convence. Primeiro, porque o ordenamento jurídico prevê formas de prevenção e repressão contra o mau administrador público. Segundo, porque não está em pauta a impunidade, mas sim o meio constitucionalmente adequado de se punir.

Em direção oposta às opiniões até aqui expostas, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO afirma a existência de um “princípio da atipicidade”, “no sentido de que muitas infrações administrativas não são descritas com precisão na lei”.²⁶³ Após citar especificamente as infrações previstas na Lei 8.666/93, a autora assinala que “essas infrações ficam sujeitas à apreciação da Administração Pública, que deverá decidir diante das circunstâncias de cada caso concreto”.²⁶⁴

Por derradeiro, cumpre examinar a posição de Marçal JUSTEN FILHO. Recorde-se, inicialmente, que o autor rejeita “a concepção da sujeição especial, porque incompatível com a Constituição Federal”²⁶⁵, como se expôs acima. Rejeita, também, o argumento de que a “amplitude e complexidade” dos deveres assumidos pelo contratado impediriam uma “exaustiva descrição legal”, “daí a impossibilidade de adoção do princípio da tipicidade, sob pena de inviabilizar o sancionamento às infrações relevantes”.²⁶⁶ Para JUSTEN FILHO, “a argumentação não se afigura procedente, especialmente quando desacompanhada de qualquer tentativa de

²⁶² DIAS, Eduardo Rocha. **Sanções Administrativas aplicáveis a Licitantes e Contratados**. São Paulo: Dialética, 1997. p. 82.

²⁶³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23^a. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 633.

²⁶⁴ Ibid., p. 633. No mesmo sentido: PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública**. 7^a. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 857.

²⁶⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8^a. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 573.

²⁶⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11^a. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 616.

especificação das infrações”.²⁶⁷ Segundo ele, a Lei 8.666/93 contraria o art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, pois “contemplou um elenco de sanções, mas não definiu, de modo razoavelmente preciso, as hipóteses de sua aplicação”.²⁶⁸ Assim, o autor afirma que, rigorosamente, seria o caso de não se aplicar o art. 87 da Lei 8.666/93, pois “a Lei não pode remeter à Administração a faculdade de escolher quando e como aplicar cada sanção prevista”.²⁶⁹ Todavia, diante da persistente omissão legislativa e da impossibilidade de deixar impune lesão aos direitos fundamentais almejados pela contratação pública, JUSTEN FILHO conclui que “a solução consistiria em exigir que, por meio de ato regulamentar ou no corpo do próprio edital, fossem estabelecidos pressupostos básicos delimitadores do sancionamento”.²⁷⁰

2.2.1.2 Análise Crítica

O panorama doutrinário acima apresentado demonstra a pertinência da imagem concebida por Alejandro NIETO: “o Direito Administrativo Sancionador se move em dois níveis, um superior em que habitam as teorias e os princípios constitucionais mais requintados; e outro inferior onde se desenvolve a prática cotidiana com seus infinitos matizes concretos”.²⁷¹ As teorias – “para não se mancharem – evitam contato com os sórdidos acontecimentos que tem lugar no piso inferior”.²⁷² Enquanto isso, as “práticas administrativas operam de costas para os princípios puros, entendendo que sua aplicação estrita paralisaria seu funcionamento”.²⁷³

Com efeito, como reconhece Joel de Menezes NIEBUHR ao comentar o art. 87 da Lei 8.666/93, “na prática, com amparo na jurisprudência e nas decisões dos tribunais de contas, tais dispositivos são aplicados de maneira desinibida, sem maiores

²⁶⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11ª. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 616.

²⁶⁸ Ibid., p. 617.

²⁶⁹ Ibid., p. 619.

²⁷⁰ Ibid., p. 617. No mesmo sentido: FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 450.

²⁷¹ NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 4ª. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 206. Tradução nossa.

²⁷² Ibid., p. 206. Tradução nossa.

²⁷³ Ibid., p. 206. Tradução nossa.

objeções”²⁷⁴, a despeito da inadequada tipificação das condutas.

Como forma de conciliar teoria e prática sem, contudo, manchar o princípio da legalidade, alguns autores recorrem ao argumento da relação de sujeição especial, o que permitiria um abrandamento do referido princípio. Esse fenômeno também é observado no direito espanhol. Segundo Antonio Maria BUENO ARMIJO: “em ocasiões, os tribunais parecem acudir à escorregadia noção de ‘relação especial de sujeição’ quando não encontram outro argumento melhor para salvar uma situação em que pareça inevitável reconhecer a violação da reserva de lei”.²⁷⁵

Há até quem pretenda justificar o temperamento do princípio da legalidade na tipificação das infrações administrativas mediante adoção de técnicas de ponderação. É o caso de Eduardo Sens dos SANTOS, que, estribado no pensamento de Robert ALEXY, afirma:

“ Desse conceito resulta que mesmo o princípio da legalidade pode ser entendido como mandado de otimização, ou seja, como determinação para que, na medida do possível, se alcance um parâmetro ótimo (daí ser mandado de *otimização* e não um mandado absoluto).

A consequência prática é que o princípio da legalidade não exige *sempre e indiscriminadamente* que as infrações sejam previstas por lei em sentido formal. Por certo, haverá casos em que não restará ferido o princípio da legalidade se apenas de modo genérico na lei for prevista a infração”.²⁷⁶

Ocorre que a consequência da admissão dessa técnica, a ser empregada geralmente após a ocorrência da suposta infração, e, portanto, sob a influência dos seus contornos fáticos, é a “intensificação do decisionismo”²⁷⁷, conforme a percuciente lição de Humberto ÁVILA. E, assim, de justificativa em justificativa a doutrina distancia-se cada vez mais do núcleo do princípio da tipicidade que é a segurança jurídica. Faz-se, pois, necessário um retorno à essência do aludido princípio, de modo a harmonizar os nobres fins que o inspiraram com as vicissitudes

²⁷⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 2^a. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 974.

²⁷⁵ REBOLLO PUIG, Manuel; IZQUIERDO CARRASCO, Manuel; ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía; BUENO ARMIJO, Antonio Maria. **Derecho Administrativo Sancionador**. Lex Nova: Valladolid, 2010. p. 151. Tradução nossa.

²⁷⁶ SANTOS, Eduardo Sens dos. **Tipicidade, Antijuridicidade e Culpabilidade nas Infrações Administrativas**. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 51, p. 229, Abr. 2005.

²⁷⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 91.

dos dias atuais. “Desde logo, convém reconhecer que o Executivo legisla”²⁷⁸, tal como sugere Clèmerson Merlin CLÈVE já na apresentação do seu *Atividade Legislativa do Poder Executivo*.

2.2.1.3 A nossa posição: reserva *relativa* de lei

O princípio da legalidade, já presente na Magna Carta (1215)²⁷⁹, surge com um sentido de contenção do poder do soberano. A ideia, que se consolidou com a Revolução Francesa (1789), era de que somente a lei poderia limitar os direitos de liberdade e de propriedade, pois seria fruto da vontade popular, manifestada por seus representantes no Parlamento.²⁸⁰ “É o povo – e não o Monarca – quem tipifica as infrações e as sanções”.²⁸¹

Ocorre que, atualmente, a representação popular não é exclusividade do Poder Legislativo. No Brasil, o Chefe do Poder Executivo também é eleito e participa intensamente do processo de elaboração das leis. Obviamente, não se pretende com isso negar a importância da separação de poderes tampouco do sistema de freios e contrapesos. Apenas demonstrar que o contexto é outro.

Além disso, a quantidade e a complexidade das atividades de que se encarrega o Estado nos dias de hoje obsta que todos os assuntos sejam objeto de deliberação no Parlamento, sob pena, inclusive, de inviabilizar sua própria atuação nos temas mais relevantes. Almiro do COUTO E SILVA observa que “no Estado Contemporâneo, extremamente complexo, seria impensável que a lei sempre determinasse, até os últimos pormenores, qual deveria ser o comportamento e a atuação dos diferentes agentes administrativos”.²⁸² Na mesma linha, Caio TÁCITO assevera que “a partilha da função legislativa entre o Parlamento e o Executivo é o fenômeno característico do

²⁷⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 3^a. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 79.

²⁷⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 6^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 81.

²⁸⁰ REBOLLO PUIG, Manuel; IZQUIERDO CARRASCO, Manuel; ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía; BUENO ARMIJO, Antonio Maria. *Derecho Administrativo Sancionador*. Lex Nova: Valladolid, 2010. p. 151. No mesmo sentido: GÓMEZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALES, Íñigo. *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica Del Derecho Penal Administrativo*. 2^a. ed. Navarra: Arazandi/Thomson Reuters, 2010. p. 130; HUERGO LORA, Alejandro. *Las Sanciones Administrativas*. Madri: Iustel, 2007. p. 366.

²⁸¹ NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4^a. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 204. Tradução nossa.

²⁸² COUTO E SILVA, Almiro do. *Poder discricionário no Direito Administrativo Brasileiro*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Editora Renovar, n. 179/180, jan./jun. 1990. p. 51.

processo intervencionista do Estado contemporâneo”.²⁸³

Além de inevitável, o retorno a uma concepção de legalidade completa e fechada é indesejável, pois, de acordo com Paulo OTERO:

“A imprevisibilidade da evolução histórica e política das próprias necessidades colectivas da sociedade e dos meios técnicos-científicos para a respectiva satisfação desaconselham uma cristalização das soluções em normas fechadas e rígidas, antes justificam a abertura e a maleabilidade da textura normativa ao futuro, remetendo para a Administração uma ponderação decisória casuística e adaptável em função das circunstâncias factuais e dos momentos temporais”.²⁸⁴

Nesse contexto, Gustavo BINENBOJM menciona que o princípio da reserva legal pode manifestar-se de formas distintas. Como reserva *absoluta* de lei, quando a Constituição exigir que toda a matéria esteja exaustivamente disciplinada no texto legal. E, como reserva *relativa* de lei:

“quando a Constituição se contentar apenas com o estabelecimento de parâmetros gerais pela lei, conferindo, portanto, à Administração Pública (em oposição ao que ocorre na reserva absoluta), ‘uma margem de liberdade, maior ou menor, na aplicação do direito no caso concreto’. Os critérios de decisão estarão do lado do administrador, que agirá nos limites do âmbito de liberdade que lhe é atribuído. Na reserva relativa de lei, deste modo, admite-se ‘a atuação subjetiva integradora do aplicador da norma ao dar-lhe concreção’, seja por meio de atos normativos (gerais), seja pela prática de atos individuais (concretos)”.²⁸⁵

A tese da reserva *relativa* de lei em matéria sancionadora foi aceita no julgamento do Recurso Especial nº 1.102.578/MG, encaminhado ao Superior Tribunal de Justiça como recurso representativo de controvérsia, nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil.²⁸⁶ Discutia-se na espécie a regularidade de multa imposta sobre empresa de confecção com fundamento em Resolução do Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – CONMETRO. A Ministra

²⁸³ TÁCITO, Caio. **Lei e Regulamento**. In: TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público: estudos e pareceres*, 1º. vol. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 479.

²⁸⁴ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 897.

²⁸⁵ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 150.

²⁸⁶ “Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo”.

relatora, Eliana Calmon, resumiu a controvérsia dizendo que a instância ordinária havia concluído que somente lei em sentido formal poderia tipificar infrações e sanções administrativas. A 1^a. Seção do STJ deu provimento ao Recurso Especial e reformou a decisão recorrida, assentando na ocasião que:

“2. Estão revestidas de legalidade as normas expedidas pelo CONMETRO e INMETRO, e suas respectivas infrações, com o objetivo de regulamentar a qualidade industrial e a conformidade de produtos colocados no mercado de consumo, seja porque estão esses órgãos dotados da competência legal atribuída pelas Leis 5.966/1973 e 9.933/1999, seja porque seus atos tratam de interesse público e agregam proteção aos consumidores finais. Precedentes do STJ.

3. Essa sistemática normativa tem como objetivo maior o respeito à dignidade humana e a harmonia dos interesses envolvidos nas relações de consumo, dando aplicabilidade a ratio do Código de Defesa do Consumidor e efetividade à chamada Teoria da Qualidade”.²⁸⁷

Depreende-se, ainda, do voto da relatora que “a imposição das multas por atos normativos baixados pelo CONMETRO e INMETRO tem expressa previsão em lei, o que afasta a ofensa ao princípio constitucional da reserva legal”.²⁸⁸ Para a Min. Eliana Calmon:

“Seria contraproducente exigir lei formal para discriminar todos os pormenores técnicos exigidos na busca do aprimoramento e da fiscalização da qualidade dos produtos e serviços colocados no mercado, quando a lei já prevê a obediência aos atos normativos, bem como delimita as sanções possíveis”.²⁸⁹

É frequente afirmar-se que a atividade prestacional do Estado é um campo propício à reserva relativa de lei. E que, já na chamada administração coercitiva, a “vinculação à lei é mais estreita”, como anota Almiro do COUTO E SILVA.²⁹⁰ Tanto é assim que, para Fabrício MOTTA, a reserva absoluta de lei “possui aplicação decisiva em matéria penal, devendo ser destacada a regra (garantia) inscrita no art. 5º, inciso, XXXIX, que prescreve: ‘não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal’”.²⁹¹

²⁸⁷ STJ, 1^a. Seção, REsp nº 1.102.578/MG, rel. Min. Eliana Calmon, DJ. 29/10/2009.

²⁸⁸ STJ, 1^a. Seção, REsp nº 1.102.578/MG, rel. Min. Eliana Calmon, DJ. 29/10/2009.

²⁸⁹ STJ, 1^a. Seção, REsp nº 1.102.578/MG, rel. Min. Eliana Calmon, DJ. 29/10/2009.

²⁹⁰ COUTO E SILVA, Almiro do. **Poder discricionário no Direito Administrativo Brasileiro**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Editora Renovar, n. 179/180, jan./jun. 1990. p. 53.

²⁹¹ MOTTA, Fabrício. **A Função Normativa da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum,

O aparente paradoxo reside no fato de que no Direito Administrativo Sancionador, especialmente nas sanções em licitações e contratos administrativos, a administração coercitiva se manifesta como uma decorrência da atuação da administração prestacional. A sanção surge como resposta a um defeito na prestação de alguma utilidade de interesse da Administração. E precisamente aqui é que se manifesta a impossibilidade de exaurir em lei formal as hipóteses infracionais, como exigiriam os princípios da reserva legal e da tipicidade em estado puro.²⁹²

Como pondera Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO,

“difícilmente pode caber à lei estabelecer tipos contratuais rígidos, tal como ocorria no passado, senão que, tendo em vista as multiplicadas finalidades específicas a que se destinam tais contratos, torna-se inconveniente, inútil ou, pelo menos, problemático, que o legislador se substitua ao administrador para impor-lhe genericamente rígidas cláusulas contratuais, sem atentar para as características casuísticas de cada avença”.²⁹³

No mesmo sentido, José Manuel Sérvulo CORREIA afirma que:

“É pois normal que o regime legal de um contrato administrativo típico deixe uma margem de livre decisão administrativa. Esta exerce-se através da pormenorização dos preceitos do modelo legal orientada pelas circunstâncias do caso concreto, da integração das lacunas e, eventualmente, também mediante o preenchimento de espaços deixados livres pela natureza supletiva de algumas normas. A natureza e os limites deste espaço de livre decisão são clarificados, pelo modo como lhes é aplicável o princípio da *reserva de lei* sob o prisma da *legalidade material*”.²⁹⁴

Ora, se não cabe à lei estabelecer as pormenorizadamente as obrigações contratuais, tampouco poderia tipificar detalhadamente as infrações e as respectivas sanções. Contudo, essa constatação não desonera o legislador da criação de *standards*. Como ensina Caio TÁCITO, “não há delegação de poderes quando o legislador, traçando *standards* ou paradigmas, transfere ao ato regulamentar a concretude do seu

2007. p. 123.

²⁹² Em sentido diverso: GUEDES, Demian. **O Estado Democrático de Direito e os seus castigos: uma reavaliação do ato sancionador**. In: MEDAUAR, Odete; Schirato (org.). Os caminhos do ato administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 292.

²⁹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Políticas Públicas e Parcerias: Juridicidade, Flexibilidade Negocial e Tipicidade na Administração Consensual**. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, Editora Renovar, n. 1, jan./mar. 2006. p. 108.

²⁹⁴ CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 626/627.

comando, atento à flexibilidade necessária à finalidade da lei”.²⁹⁵ Tais *standards* consistem na determinação, por lei formal, de um conteúdo material mínimo que, como anota Alexandre Santos de ARAGÃO, sirva de parâmetro de “controle e de orientação ao exercício do poder regulamentar”.²⁹⁶

2.2.1.3.1 A reserva *absoluta* de lei para a criação da sanção e a descrição das condutas proibidas pelo regulamento ou pelo contrato a partir dos *standards* legais

O primeiro *standard* consiste na especificação, em lei, das sanções cabíveis. Concorde-se, nesse ponto, com Rafael Munhoz de MELLO, quando afirma que “mesmo no campo das relações de especial sujeição não é admissível que a sanção administrativa seja criada por outro instrumento que não a lei formal”.²⁹⁷ O segundo *standard* consiste em que “a lei, além da sanção, contenha o núcleo essencial da proibição”.²⁹⁸ Com efeito, é necessário que o legislador sinalize que espécies de comportamentos reputa indesejados e como os valora.

Ato contínuo, caberá ao regulamento ou, nos casos regidos pela Lei 8.666/93, ao edital e ao contrato, especificar em detalhes a conduta proibida, bem como a sanção correspondente, em homenagem ao princípio da tipicidade. É o que ensinam Carlos Ari SUNDFELD e Jacintho Arruda CÂMARA ao tratarem do *Dever regulamentar nas sanções regulatórias*:

“O fato de, por razões pragmáticas, a lei se abster de formular ela própria a normatização intensiva dos deveres, infrações e sanções relativas a um setor, limitando-se a atribuir poderes regulatórios a uma agência, de modo algum significa – nem poderia significar – o abandono do *princípio da legalidade*. O regime de legalidade é aquele em que os direitos e deveres vêm de normas, não da vontade casuística de alguma autoridade”.²⁹⁹

De acordo com SUNDFELD e CÂMARA, ao impor obediência ao princípio

²⁹⁵ TÁCITO, Caio. **Comissão de Valores Mobiliários. Poder Regulamentar**. In: TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público: estudos e pareceres*, 2º. vol. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 1079.

²⁹⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 37.

²⁹⁷ MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 166.

²⁹⁸ *Ibid.*, p. 104.

²⁹⁹ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. **Dever regulamentar nas sanções regulatórias**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, Editora Fórum, ano 8, n. 31, p. 33-34, jul./set. 2000.

da legalidade, o art. 37, *caput*, da Constituição Federal não estava dizendo apenas que a administração pública deve cumprir as leis editadas pelo Legislativo, pois cada lei traz consigo essa obrigação. O “efeito inovador” desse preceito constitucional “foi prever de modo expresso que as situações subjetivas administrativas devem ser objeto de tratamento por *norma geral e abstrata suficiente*”³⁰⁰:

“Isso significa que, para o art. 37, *caput*, da Constituição não pode haver infração nem sanção administrativa sem *norma legal ou regulamentar suficiente* que as preveja. Não basta haver, em lei ou resolução, um texto qualquer; com um conteúdo qualquer. Para a aplicação de sanções no âmbito da regulação administrativa, é preciso haver *norma não só prévia, mas também completa*. Norma completa é aquela que cumpre o *dever de especificação*, isto é, que seja capaz de antecipar, em abstrato, para os sujeitos envolvidos (regulados, usuários, interessados e reguladores), tanto a *qualificação jurídica dos fatos* futuros quanto o *conteúdo dos atos administrativos* possíveis. Em suma, a regulamentação prévia tem de atender aos requisitos da abrangência, profundidade e consistência”.³⁰¹

É importante destacar que a tipificação prévia das infrações e das sanções não funciona exclusivamente como uma garantia em favor dos acusados. Serve também como medida de controle da atuação administrativa, pois permite que os órgãos de fiscalização e os cidadãos verifiquem se a atividade sancionadora da administração pública tem sido desencadeada nas hipóteses previstas e se tem apresentado os resultados devidos.

2.2.1.3.2 Os *standards* e a Lei 8.666/93

Cumprindo, pois, verificar se a Lei 8.666/93 oferece à administração pública os *standards* necessários. Em relação à adoção das sanções, a resposta é positiva. O art. 87 prevê as sanções de advertência (inciso I), multa (inciso II), suspensão do direito de licitar e impedimento de contratar (inciso III) e declaração de inidoneidade (inciso IV). No tocante à estipulação do núcleo essencial do comportamento proibido e de sua valoração, o legislador poderia ter se esforçado mais no sentido de dar-lhes maior concretude.

³⁰⁰ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. **Dever regulamentar nas sanções regulatórias**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, Editora Fórum, ano 8, n. 31, p. 34, jul./set. 2000.

³⁰¹ Ibid.

Veja-se, por exemplo, a previsão de que “a recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo estabelecido pela Administração, caracteriza o descumprimento total da obrigação assumida, sujeitando-o às penalidades legalmente estabelecidas” (art. 81 da Lei 8.666/93). Considerando-se que a infração está prevista em lei formal, não há razão aparente para que a sanção correspondente também não estivesse. Assim, caberá ao edital fixar qual das “penalidades legalmente estabelecidas” incidirá em caso de “recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato”, sob pena de inviabilizar a aplicação da sanção. Isso porque rejeita-se a possibilidade de outorgar à autoridade a faculdade de, casuisticamente, escolher a sanção cabível. O mesmo raciocínio vale para o art. 86, que, para o atraso injustificado, prevê, além da multa de mora, a aplicação das “outras sanções previstas nesta Lei” (§1º).

O art. 87 da Lei 8.666/93 preceitua que “a inexecução total ou parcial do contrato” sujeitará o infrator às sanções de advertência (inciso I), multa (inciso II), suspensão do direito de licitar e impedimento de contratar (inciso III) e declaração de inidoneidade (inciso IV). O art. 88 prevê que as sanções de suspensão e de declaração de inidoneidade poderão ser aplicadas aos que:

- “I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;
- II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;
- III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados”.

O art. 87 não permite inferir que espécies de condutas ensejarão as graves sanções de suspensão do direito de licitar e a declaração de inidoneidade. Não obstante, o art. 88 reserva tais sanções para casos extremamente graves, como a condenação por fraude fiscal. Pode-se, pois, afirmar que as penas de suspensão e de declaração de inidoneidade, esta em especial, destinam-se, no art. 87, àquelas condutas que, além da inexecução contratual, revelem um comportamento desonesto por parte do contratado, geralmente também tipificado como crime.

Observe-se, nesse sentido, o já citado Projeto de Lei 6826/2010, em trâmite na Câmara dos Deputados, que “dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou

estrangeira”³⁰² e que prevê:

“Art.6º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta lei, todos aqueles, praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

II - financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta lei;

III - utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

IV - no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;

e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

f) obter vantagem ou benefício indevido de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública.

V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional”.

Além da multa, da rescisão contratual e da proibição de receber incentivos, uma das sanções previstas para estas condutas é a “declaração de inidoneidade, pelo prazo mínimo de um e máximo de cinco anos” (art. 7º, II).

A referência ao Projeto de Lei 6826/2010 propicia algumas constatações interessantes. Primeiro, é possível criar, mediante lei formal, um rol de infrações que abranja as condutas mais graves, embora não todas, uma vez que a inobservância de cláusulas contratuais também pode ocasionar prejuízos relevantes à administração

302

Disponível

em:

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F52845728C38AF72B63F487C8E3ECDD1.node1?codteor=982072&filename=Tramitacao-PL+6826/2010. Acesso em 26/01/2013.

pública e aos cidadãos. Segundo, as condutas que justificam a declaração de inidoneidade “no tocante à licitações e contratos”, decorrem, tal como se adiantou, de comportamentos desonestos – a expressão “fraude” é recorrente -, muitos deles tipificados como crime nos artigos 89 e seguintes da Lei 8.666/93.

2.2.1.3.3 O princípio da tipicidade e as leis do pregão e do Regime Diferenciado de Contratação (RDC)

O art. 7º da Lei 10.520/2002, que instituiu o Pregão, concentrou todas as infrações referidas na Lei 8.666/93, fundiu as sanções de suspensão e declaração de inidoneidade em uma só e previu que:

“Art. 7º. Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais”.

Técnica semelhante foi adotada pela Lei 12.462/2011, que instituiu Regime Diferenciado de Contratação (RDC):

Art. 47. Ficarão impedidos de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas no instrumento convocatório e no contrato, bem como das demais cominações legais, o licitante que:

- I - convocado dentro do prazo de validade da sua proposta não celebrar o contrato, inclusive nas hipóteses previstas no parágrafo único do art. 40 e no art. 41 desta Lei;
- II - deixar de entregar a documentação exigida para o certame ou apresentar documento falso;
- III - ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado;
- IV - não mantiver a proposta, salvo se em decorrência de fato superveniente, devidamente justificado;
- V - fraudar a licitação ou praticar atos fraudulentos na execução do contrato;
- VI - comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal; ou
- VII - der causa à inexecução total ou parcial do contrato”.

A diferença mais marcante entre as leis do Pregão e do RDC é que esta relaciona as condutas em incisos e inclui o “motivo justificado” como excludente de tipicidade de duas condutas. O que se percebe é uma nítida involução legislativa em relação à Lei 8.666/93. Exemplo disso é a cominação da mesma sanção para as condutas de “deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame”. Conquanto o resultado seja o mesmo, a apresentação de documentação falsa é um comportamento muito mais grave do que a não apresentação. Logo, as sanções jamais poderiam ser idênticas.

Tais inconsistências demandam por parte do operador do direito um esforço adicional no sentido de compatibilizar o texto legal ao princípio da razoabilidade, implícito no art. 5º, LIV, da Constituição Federal.³⁰³

2.2.1.4 Conclusão parcial

Ante o exposto, conclui-se que o princípio da tipicidade deve ser observado na estipulação de infrações e sanções administrativas aos licitantes e contratados. À lei formal caberá a criação da sanção administrativa (reserva *absoluta* de lei). Caberá ao edital e ao contrato detalharem a conduta proibida e relacionando-a a uma sanção específica, consoante os *standards* verificáveis na legislação (reserva *relativa* de lei).³⁰⁴ Com essa técnica, atende-se o princípio da reserva legal.

2.2.2 O tipo objetivo

Demonstrados os matizes assumidos pelo princípio da tipicidade no Direito Administrativo Sancionador e, em especial, nas sanções aplicáveis aos licitantes e contratados, cumpre analisar os elementos constitutivos do tipo.

Sérgio de Oliveira MÉDICI conceitua tipo penal como “a descrição do comportamento humano considerado lesivo ao bem ou interesse jurídico tutelado pelo

³⁰³ Nesse sentido: STF, Pleno, ADI 1922 MC/ DF, rel. Min. Moreira Alves, DJ. 24/11/2000.

³⁰⁴ No mesmo sentido, Daniel FERREIRA afirma que “quando houver um especial liame, assim apto a flexibilizar o rigor necessário em relação à tipicidade formal na capitulação dos ilícitos em lei, o que *se exige* é a precisa indicação das obrigações e das proibições, como as que são de cogitar em relação aos licitantes e contratados, e que *necessariamente* deverão constar do edital de licitação e da minuta do respectivo contrato” (FERREIRA, Daniel. **Teoria Geral da Infração Administrativa a partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 257).

Direito Penal”.³⁰⁵ Transportando esse conceito com as adequações necessárias, especialmente para abrigar a responsabilização da pessoa jurídica, pode-se afirmar que tipo administrativo é a descrição do comportamento considerado lesivo ao bem ou interesse jurídico tutelado pelo Direito Administrativo.

De acordo com Miguel REALE JÚNIOR, o tipo é um recorte da realidade: “o legislador, da realidade, constrói o modelo, o qual se amolda ao comportamento futuro, pela presença no concreto dos dados elementares que ele descreve”.³⁰⁶

Consoante o magistério de Francisco MUÑOZ CONDE, o tipo possui tríplice função:

- “a) Uma função selecionadora dos comportamentos humanos penalmente relevantes.
- b) Uma função de garantia, na medida em que só os comportamentos relevantes a eles subsumíveis podem ser penalmente sancionados.
- c) Uma função motivadora geral, porquanto com a descrição dos comportamentos no tipo penal o legislador indica aos cidadãos quais os comportamentos proibidos e espera que, com a cominação penal contida nos tipos, esses cidadãos se abstenham de realizar a conduta proibida, a matéria da proibição”.³⁰⁷

Os aspectos externos desse comportamento compõem o tipo objetivo.³⁰⁸ Para Claus ROXIN, ao tipo objetivo “pertencem sempre a menção de um sujeito ativo do delito, de uma ação típica e por regra geral também a descrição do resultado punível”.³⁰⁹

Assim, quando o tipo objetivo do art. 88, *caput*, da Lei 8.666/93 preceitua que

³⁰⁵ MÉDICI, Sérgio de Oliveira. **Teoria dos Tipos Penais: Parte Especial do Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 104.

³⁰⁶ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal: Parte Geral**. 3ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 134.

³⁰⁷ MUNOZ CONDE, Francisco. **Teoria Geral do Delito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 42.

³⁰⁸ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**. 4ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 401.

³⁰⁹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria de delito**. 2ª. ed. Madrid: Civitas, 1997. p. 304. Tradução nossa. O resultado, como elemento do tipo, não deve ser confundido com os delitos de resultado, nos quais, explica ROXIN, “o resultado consiste em uma consequência de lesão ou criação de perigo separada espacial e temporalmente da ação do autor” (ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria de delito**. 2ª. ed. Madrid: Civitas, 1997. p. 328. Tradução nossa). É o que ocorre, por exemplo, com o homicídio, onde entre o disparo da arma e a morte da vítima há uma distância temporal e espacial. Em oposição, nos delitos de mera atividade “a realização do tipo coincide com o último ato da ação e portanto não se produz um resultado separado dela” (ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria de delito**. 2ª. ed. Madrid: Civitas, 1997. p. 328. Tradução nossa). É o que se verifica no crime de falso testemunho.

sanções poderão ser “aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei: (...); II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação”, tem-se como sujeito ativo da infração as empresas ou profissionais e, como ação e resultado, a prática de atos ilícitos visando frustrar os objetivos da licitação.

2.2.2.1 Os tipos abertos e os conceitos indeterminados

Por vezes, o legislador não confere ao tipo objetivo a objetividade almejada. É o que se verifica, por exemplo, no art. 81 da Lei 8.666/93, segundo o qual “a recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo estabelecido pela Administração, caracteriza o descumprimento total da obrigação assumida, sujeitando-o às penalidades legalmente estabelecidas”. O tipo não descreve o que é uma recusa “injustificada”. Tampouco esclarece em que hipóteses ou condições uma recusa em assinar o contrato será tida como “justificada”.

Trata-se, portanto, de um tipo aberto, pois, “apenas uma parte do tipo está legalmente descrita”, enquanto a outra, destaca Hans WELZEL, “deve ser construída”³¹⁰ pelo aplicador “por um juízo de valor autônomo”.³¹¹ Assim, caberá ao aplicador, “através das normas de cultura”³¹², avaliar se, no caso concreto, a recusa em assinar o contrato foi ou não justificada.

A doutrina de Direito Administrativo aborda a questão dos tipos abertos sob a denominação de conceitos jurídicos indeterminados. Consoante o magistério de Rafael Munhoz de MELLO:

“O princípio da tipicidade não impede a utilização de conceitos jurídicos indeterminados na descrição do ilícito administrativo. Em algumas hipóteses a lei não tem como descrever a infração sem utilizar um conceito jurídico indeterminado, sendo impraticável vedar sua utilização pelo legislador”.³¹³

³¹⁰ WELZEL, Hans. **Derecho Penal Aleman: Parte General**. 11^a. ed. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1997. p. 28. Tradução nossa.

³¹¹ Ibid., p. 99. Tradução nossa.

³¹² DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**. 4^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 306.

³¹³ MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 141.

Todavia, o conceito utilizado no tipo não pode ser indeterminado a ponto de impedir a inteligência daquilo que é reputado inadequado pela norma, sob pena de ofensa ao princípio da tipicidade.

2.2.2.2 Conceitos indeterminados: discricionariedade ou de interpretação?

A propósito, debate-se doutrinariamente se o administrador público, ao manejar o conceito indeterminado previsto na norma, estaria exercendo um poder discricionário ou um juízo interpretativo. De acordo com o conceito clássico de Celso Antônio Bandeira de MELLO:

“Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente”.³¹⁴

A controvérsia gira em torno da inclusão “da fluidez das expressões da lei” como um dos requisitos habilitadores do exercício de uma atividade discricionária. Segundo o Professor Celso Antônio, “não é aceitável a tese de que o tema dos conceitos legais fluidos é estranho ao tema da discricionariedade”.³¹⁵ Para ele, a discricionariedade não serviria “senão para referir as situações em que a Administração desfruta de uma **certa liberdade**”.³¹⁶ “Se em determinada situação real o administrador reputar, em entendimento razoável”, “que se lhe aplica o conceito normativo vago e agir nesta conformidade, *não se poderá dizer que violou a lei, que transgrediu o direito*”.³¹⁷ “Em assim sendo, evidentemente terá procedido *dentro de uma liberdade intelectual que, in concreto, o direito lhe facultava*”³¹⁸, ou seja, terá agido discricionariamente ao aplicar o conceito indeterminado no caso concreto.

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO afirma que essa “margem de apreciação”

³¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 48.

³¹⁵ Ibid., p. 23.

³¹⁶ Ibid., p. 25.

³¹⁷ Ibid., p. 23.

³¹⁸ Ibid., p. 23.

que a Administração dispõe para enquadrar a falta dentre os ilícitos previstos na lei mediante conceitos imprecisos consistiria em “uma discricionariedade limitada pelos critérios previstos em lei”.³¹⁹

Eros Roberto GRAU diverge. Para ele, “o que a doutrina tradicional concebe como sendo a *discricionariedade* **é a interpretação...**”.³²⁰ Isso porque:

“A discricionariedade é essencialmente uma liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas ou entre indiferentes jurídicos – porque a decisão se fundamenta em critérios extrajurídicos (de oportunidade, econômicos etc.), não incluídos na lei e remetidos ao juízo subjetivo da Administração -, ao passo que a aplicação de conceitos indeterminados é um caso de aplicação da lei”.³²¹

E prossegue:

“Logo, no Estado de Direito, qualquer agente público somente deterá competência para a prática de *atos discricionários* – isto é, exercitando as margens de liberdade de atuação fora dos quadrantes da *legalidade* – quando uma norma jurídica válida a ele atribuir a formulação de *juízos de oportunidade*. Fora dessa hipótese, qualquer agente público estará jungido, subordinado à *legalidade*. Inclusive quando lhe incumba o dever-poder de *interpretar/aplicar* texto ou textos normativos que veiculem ‘conceitos jurídicos indeterminados’”.³²²

Eros Roberto GRAU conclui que “a consequência mais relevante que se extrai dessa distinção respeita precisamente ao papel a ser desempenhado pelo Poder Judiciário diante de ambas as hipóteses”.³²³ Almiro do COUTO E SILVA sufraga essa orientação, afirmando que “relativamente à diferença, quanto à sindicabilidade judicial, dos atos administrativos que aplicam conceitos jurídicos indeterminados e dos que envolvem exercício de poder discricionário é possível resumir tudo do seguinte modo:

(a) – O exame judicial dos atos administrativos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados não está sujeito a um limite *a priori* estabelecido na lei. O próprio legislador, no instante de decidir, é que verificará se há um limite, ou não, ao controle

³¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23^a. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 613.

³²⁰ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 5^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 212.

³²¹ Ibid., p. 203/204.

³²² Ibid., p. 206.

³²³ Ibid., p. 204.

judicial. Haverá limite se, em face da complexidade do caso, da diversidade de opiniões e pareceres, não podendo ver com clareza qual a melhor solução, não lhe couber outra alternativa senão a de pronunciar um *non liquet*, deixando intocada a decisão administrativa.

(b) – O exame judicial de atos administrativos que envolvem exercício de poder discricionário está, *a priori*, limitado pela lei, a qual deixou desde logo as linhas dentro das quais poderá a autoridade administrativa livremente tomar suas decisões. Dentro daquele espaço, qualquer uma delas será juridicamente incensurável e inexaminável pela autoridade judiciária”.³²⁴

Assim, no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, a correta distinção entre poder discricionário e aplicação de conceitos jurídicos indeterminados é de absoluta relevância, pois evita a confusão, infelizmente ainda presente na jurisprudência pátria, em relação aos limites do controle judicial do ato administrativo sancionador. É o que se denota do seguinte julgado:

“Em relação ao controle jurisdicional do processo administrativo, a atuação do Poder Judiciário circunscreve-se ao campo da regularidade do procedimento, bem como à legalidade do ato demissionário, sendo-lhe defesa qualquer incursão no mérito administrativo a fim de aferir o grau de conveniência e oportunidade”.³²⁵

Ora, não se demite um servidor por razões de conveniência e oportunidade, mas sim porque ele praticou alguma falta tipificada em lei à qual corresponda essa sanção. Como se viu, ao verificar a efetiva ocorrência de determinada infração administrativa, ainda que tipificada por meio de um conceito vago, a administração pública exercita um *juízo de legalidade*, e, portanto, amplamente sindicável pelo Poder Judiciário, como lucidamente decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “a Administração, ao ter imposto sanção disciplinar, não praticou ato imbuído de aspecto discricionário (conveniência e oportunidade). Por isso é possível o amplo controle judicial desse ato, sem que haja limitação às questões formais”.³²⁶

E não se argumente que tal conclusão contraria o princípio da separação dos poderes. Longe disso, ela afirma-o, na medida em que restabelece o primado da lei sobre a atividade administrativa, como é próprio em um Estado Democrático de

³²⁴ COUTO E SILVA, Almiro do. **Poder discricionário no Direito Administrativo Brasileiro**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Editora Renovar, n. 179/180, jan./jun. 1990. p. 60.

³²⁵ STJ, 3ª Seção, MS nº 15.064/DF, rel. Min. Gilson Dipp, DJ. 17/11/2011.

³²⁶ STJ, 1ª Seção, MS nº 15.205/DF, rel. Min. Benedito Gonçalves, DJ. 20/10/2010.

Direito. O fato dos atos administrativos gozarem do atributo da executoriedade apenas inverte o momento em que o controle judicial é exercido, mas não o suprime. Se, como ensina Celso Antônio Bandeira de MELLO, por força do privilégio da execução prévia, “o Poder Público pode compelir *materialmente* o administrado, sem precisão de buscar previamente as vias judiciais, ao cumprimento da obrigação que impôs e exigiu”³²⁷, por outro lado, complementa Prosper WEIL, “o particular pode certamente contestar a sua validade perante juiz”³²⁸.

Assim, ao verificar a prática de infração administrativa plasmada em um conceito indeterminado, a Administração Pública exerce juízo de legalidade, que, portanto, é amplamente sindicável pelo Poder Judiciário.

2.2.2.3 As normas em branco

Paulo OTERO ensina que norma legal em branco é “o fenômeno pelo qual uma norma com valor e força de lei, atendendo à incompletude do conteúdo da sua previsão, remete a respectiva integração, complementação ou determinação para instrumentos jurídicos (normativos ou não normativos) de grau ou nível inferior”³²⁹. Tanto o Direito Penal quanto o Direito Administrativo Sancionador admitem e utilizam essa técnica legislativa.³³⁰

Como explica Antonio Maria BUENO ARMIJO, “as normas sancionadoras em branco se baseiam no uso de dois preceitos distintos para integrar um só tipo infrator”³³¹. O primeiro advém da norma em branco, “que é a que tipifica realmente ao assinalar que a adoção de um determinado comportamento, activo ou omissivo, cujos detalhes se deixam para norma de remissão, será constitutiva de infração”³³². O segundo preceito está na norma de remissão, “que não se dirige, propriamente, a tipificar infração alguma, senão a simples regulação de um determinado âmbito ou

³²⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 17^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 384.

³²⁸ WEIL, Prosper. **O Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1977. p. 60.

³²⁹ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 895.

³³⁰ GÓMEZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALES, Íñigo. **Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica Del Derecho Penal Administrativo**. 2^a. ed. Navarra: Arazandi/Thomson Reuters, 2010. p. 143-144.

³³¹ REBOLLO PUIG, Manuel; IZQUIERDO CARRASCO, Manuel; ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía; BUENO ARMIJO, Antonio Maria. **Derecho Administrativo Sancionador**. Lex Nova: Valladolid, 2010. p. 130. Tradução nossa.

³³² Ibid., p. 130. Tradução nossa.

setor ou, inclusive mais modestamente, a simples imposição de deveres”.³³³

O art. 87 da Lei 8.666/93 – que sujeita o contratado a sanções “pela inexecução total ou parcial do contrato” - pode ser considerada uma norma sancionadora em branco, caso o contrato se limite a estabelecer quais são as obrigações contratuais. A inobservância dessas obrigações configurará a inexecução contratual, prevista em lei como infração administrativa.

Se, todavia, como seria de rigor, o contrato, além de estipular os deveres, fixar também as condutas que constituem infração contratual, relacionando-as à respectiva sanção, não se estará diante de uma norma em branco, mas de um tipo infracional construído pela lei e pelo contrato em regime de colaboração.³³⁴

Também pode ser considerada uma norma em branco o art. 88, inciso II, da Lei 8.666/93, na medida em que sujeita às sanções do art. 87 as empresas e os profissionais que “tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação”. Caberá, pois, à norma de remissão, estabelecer quais são esses ilícitos.

Rafael Munhoz de MELLO denomina técnica semelhante de tipificação indireta, presente quando “o dispositivo legal que prevê a infração administrativa faz referência a outro dispositivo, no qual foi estipulada uma obrigação ou proibição, cuja inobservância caracteriza ilícito administrativo”.³³⁵ Entretanto, no caso específico do art. 88, inciso II, a técnica legislativa adotada mais se aproxima daquilo que o autor denomina de “tipificação global ou residual”, caracterizada pela utilização de cláusulas omnicompreensivas, pois aparentam abranger “todos os comportamentos que violem dispositivo normativo – qualquer dispositivo”.³³⁶

Segundo Munhoz de MELLO, disposições como essa violam o princípio da tipicidade, já que a “referência genérica à ‘prática do ilícito’”, “não permite aos particulares conhecer a conduta que devem evitar para não se submeter ao poder punitivo da Administração Pública”.³³⁷

À luz destas considerações, parece-nos acertada a posição de Celso Antônio

³³³ REBOLLO PUIG, Manuel; IZQUIERDO CARRASCO, Manuel; ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía; BUENO ARMIJO, Antonio Maria. **Derecho Administrativo Sancionador**. Lex Nova: Valladolid, 2010. p. 130. Tradução nossa.

³³⁴ Ibid., p. 134. Tradução nossa.

³³⁵ MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 143.

³³⁶ Ibid., p. 145.

³³⁷ Ibid., p. 145.

Bandeira de MELLO³³⁸ e Joel de Menezes NIEBUHR³³⁹, que dão ao artigo 88, II, da Lei 8.666/93 interpretação conforme a Constituição³⁴⁰, para considerar que os “atos ilícitos” nele referidos seriam aqueles tipificados como crime na seção III da própria Lei 8.666/93 ou em outros diplomas normativos que, acrescentamos nós, visem “frustrar os objetivos da licitação”.

2.2.3 O tipo subjetivo

Usualmente, os administrativistas costumam tratar do dolo e da culpa em capítulos atinentes ao princípio da culpabilidade. Assim, procedem Eduardo GARCÍA DE ENTERRIA e Tomás-Ramón FERNÁNDEZ³⁴¹, Alejandro NIETO³⁴², Ángeles DE PALMA DEL TESO³⁴³, Rafael Munhoz de MELLO³⁴⁴ e Fábio Medina OSÓRIO³⁴⁵, entre outros.

No presente trabalho, seguindo o exemplo de Daniel FERREIRA³⁴⁶, Eduardo Sens dos SANTOS³⁴⁷ e Manuel GÓMEZ TOMILLO³⁴⁸, adotou-se o conceito estratificado de infração administrativa e, como consequência da justificada eleição da teoria final da ação como base de exposição, o dolo e a culpa serão tratados como

³³⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 17^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 529.

³³⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 2^a. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 973. Em sentido semelhante, confira-se: MUKAI, Toshio. **Licitações e Contratos Administrativos**. 7^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 130/131.

³⁴⁰ Conforme o magistério de Luís Roberto BARROSO, o princípio da interpretação conforme a constituição pode ser decomposto nos seguintes elementos, entre outros: 1) “Trata-se da escolha de uma interpretação da norma legal que a mantenha em harmonia com a Constituição, em meio a outra ou outras possibilidades interpretativas que o preceito admita”; 2) “Além da eleição de uma linha de interpretação, procede-se à exclusão expressa de outra ou outras interpretações possíveis, que conduziram a resultado contrastante com a Constituição” (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 189).

³⁴¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo, vol. II**. 9^a ed. Madrid: Civitas, 2004. p. 179.

³⁴² NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 4^a. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 371.

³⁴³ DE PALMA DEL TESO, Ángeles. **El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador**. Madrid: Tecnos, 1996.

³⁴⁴ MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 184.

³⁴⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 3^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 343.

³⁴⁶ FERREIRA, Daniel. **Teoria Geral da Infração Administrativa a partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 265.

³⁴⁷ SANTOS, Eduardo Sens dos. **Tipicidade, Antijuridicidade e Culpabilidade nas Infrações Administrativas**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 51, p. 229, Abr. 2005.

³⁴⁸ GÓMEZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALES, Íñigo. **Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica Del Derecho Penal Administrativo**. 2^a. ed. Navarra: Arazandi/Thomson Reuters, 2010. p. 373.

integrante do tipo subjetivo.

Como visto, a teoria finalista da ação concebe a ação como “atividade humana conscientemente dirigida a um fim”.³⁴⁹ Para WELZEL, seu criador, “as normas só podem mandar ou proibir uma conduta final”³⁵⁰, isto é, uma conduta dirigida a determinada finalidade. Assim, resume Fábio André GUARAGNI, “se a conduta é uma atividade final, e o tipo descreve condutas, logo o tipo descreve atividades finais (*fazeres finais*). Se o tipo descreve um fazer final, a finalidade (como o agente conhece e quer) está situada no tipo, compondo-o como elemento subjetivo”.³⁵¹ Consequentemente, o dolo e a culpa deixam de integrar a culpabilidade na estrutura do delito.

Como ensinam ZAFFARONI e PIERANGELI:

“aquilo que antes se chamava ‘princípio da culpabilidade’ representa duas exigências que devem ser analisadas separadamente, em dois níveis distintos: a) na tipicidade, implica a necessidade de que a conduta – para ser típica – deva ao menos ser culposa; b) na culpabilidade, implica que não há delito se o injusto não é reprovável ao autor”.³⁵²

A primeira grande questão que se coloca é se o tipo subjetivo é um elemento essencial na estrutura da infração administrativa ou se, ao revés, dolo e a culpa não são imprescindíveis para a configuração da tipicidade da conduta, o que implicaria em admitir-se a responsabilidade objetiva no Direito Administrativo Sancionador.³⁵³ Para ZAFFARONI e PIERANGELI, a responsabilidade objetiva “diz respeito a uma terceira forma de tipicidade, que se configuraria com a proibição de uma conduta pela mera causação de um resultado”.³⁵⁴

³⁴⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: A Nova Parte Geral**. 8^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 152.

³⁵⁰ WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal: Uma introdução à doutrina da ação finalista**. 3^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 38.

³⁵¹ GUARAGNI, Fábio André. **As Teorias da Conduta em Direito Penal: Um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista**. 2^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 162.

³⁵² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 525.

³⁵³ Em sentido diverso, Daniel FERREIRA entende que “responsabilidade sem culpa não equivale a responsabilidade objetiva” (FERREIRA, Daniel. **Teoria Geral da Infração Administrativa a partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 274).

³⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 526.

2.2.3.1 O fundamento constitucional do princípio da culpabilidade

De acordo com o magistério de René Ariel DOTTI, “o princípio da culpabilidade é extraído da norma constitucional que proclama a dignidade da pessoa humana como um dos primeiros fundamentos da República (art. 1º., III)”.³⁵⁵ Corroborando esse pensamento, José CEREZO MIR pondera que

“A imposição de uma pena sem culpabilidade, ou se a medida da pena excede a medida da culpabilidade, supõe a utilização do ser humano como um mero instrumento para a consecução de fins sociais, neste caso preventivos, o que implica um grave atentado a sua dignidade”.³⁵⁶

No mesmo sentido, Carlos Arturo GÓMEZ PAVAJEAU, assevera que

“As constituições políticas modernas consagram, como respeito máximo pelo indivíduo quando se trata de reprovar sua responsabilidade pessoal, o princípio da culpabilidade. Algumas o contemplam de maneira explícita, outras o fazem de maneira implícita, visto que o mesmo deriva do princípio fundante do ordenamento jurídico ‘dignidade da pessoa’”.³⁵⁷

Embora reconheça que tal orientação é majoritária na Alemanha, Claus ROXIN manifesta dúvidas sobre a relação entre a dignidade da pessoa humana e a exigência de culpabilidade, salientando que alguns países estrangeiros que prezam pela pessoa humana não estabeleceram legalmente o princípio da culpabilidade.³⁵⁸

Conquanto afirme que a Constituição do seu país não proclama esse princípio em parte alguma, Alejandro NIETO também reconhece que a jurisprudência e a doutrina espanholas exigem a culpabilidade. “Trata-se, portanto, de uma questão de fé, que é crer no que não lemos com nossos próprios olhos”.³⁵⁹ Para NIETO, a prova de que a culpabilidade não é um elemento essencial do Estado de Direito é que a própria Constituição “estabeleceu a responsabilidade objetiva das Administrações

³⁵⁵ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**. 4ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 143.

³⁵⁶ CEREZO MIR, José. **Derecho Penal: parte general**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 851. Tradução nossa.

³⁵⁷ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. **Fundamentos del Derecho Disciplinario Colombiano**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 152. Tradução nossa.

³⁵⁸ ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría de delito**. 2ª. ed. Madrid: Civitas, 1997. p. 100.

³⁵⁹ NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 4ª. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 376. Tradução nossa.

Públicas para não deixar indefesos os particulares ante a agressividade de organizações gigantescas e de labirínticas tomadas de decisões”.³⁶⁰

Ocorre que a responsabilidade objetiva do Estado a que se refere o autor espanhol, a qual também incide sobre os particulares em determinadas ocasiões, possui feição indenizatória, sendo, pois, impertinente sua invocação em sede de direito punitivo. Isso porque os fins são distintos. A indenização tem uma finalidade reparatória, que é alcançada com o pagamento de uma indenização por quem causou um prejuízo, ainda que não tenha concorrido com intenção ou negligência. Já o fim da pena, como se verá com mais detalhes oportunamente, “é a prevenção das condutas que põem em perigo ou lesionam bens jurídicos”.³⁶¹ Não se previne infrações sancionando quem não tenha de nenhum modo contribuído para o resultado contrário ao direito. É o que destaca Eduardo Fortunato BIM:

“Somente aquilo que depende da vontade do homem pode ser reprovável; não há como se punir alguém que não sabia o que estava fazendo ou, se soubesse, não poderia se comportar de modo diverso. A finalidade repressiva da pena existe para educar a todos e o infrator. Como educar alguém que não sabia que estava infringindo a legislação administrativa ou se sabia, não podia se comportar de modo diverso por não ser exigível pela inevitabilidade da situação?”.³⁶²

Confira-se também o pensamento de Jeremy BENTHAM, acerca “das penas que não se devem impor”, porque delas “não se tira proveito”:

“Chamo de *ineficazes* as penas que não produzem efeitos sobre a vontade e que por esta razão não prestam para atalhar semelhantes crimes. As penas são ineficazes quando se aplicam a um réu que não podia conhecer a lei, que obrou sem intenção, que fêz mal sem saber que o fazia, numa suposição errônea, ou por um constrangimento invencível”.³⁶³

Nesse sentido, entende-se que a responsabilização objetiva do infrator ofende também o princípio do devido processo legal, em sua acepção material, pela falta de

³⁶⁰ NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 4ª. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 376. Tradução nossa.

³⁶¹ DE PALMA DEL TESO, Ángeles. **El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador**. Madri: Tecnos, 1996. p. 54. Tradução nossa.

³⁶² BIM, Eduardo Fortunato. **O mito da responsabilidade objetiva no Direito Ambiental Sancionador**. Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, vol. 5, p. 807 et seq., Mar. 2011.

³⁶³ BENTHAM, Jeremy. **Teoria das Penas Legais**. São Paulo: Livraria Logos, s.d.. p.45.

proporcionalidade. Como tem decidido o Supremo Tribunal Federal:

“todas as normas emanadas do Poder Público devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do ‘substantive due process of law’ (CF, art. 5º, LIV), eis que, no tema em questão, o postulado da proporcionalidade qualifica-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade dos atos estatais”.³⁶⁴

Um dos conteúdos parciais do princípio da proporcionalidade é a adequação, que, segundo Paulo BONAVIDES, demanda a verificação sobre se determinada medida representa o meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público.³⁶⁵ Como a punição de quem não agiu com dolo ou culpa não atende a finalidade preventiva a que se destina, conclui-se que ela é contrária ao princípio da proporcionalidade.

A culpabilidade também é um corolário do princípio da segurança jurídica, implicitamente previsto no texto constitucional como subprincípio do Estado de Direito (CF, art. 1º).³⁶⁶ É o que assevera Ángeles DE PALMA DEL TESO, que, além de enfatizar que o princípio da dignidade da pessoa humana restaria vulnerado “ao sancionar um cidadão que não transgrediu voluntariamente a norma ou tenha atuado com a diligência devida”, complementa:

“O Direito punitivo não pode entrar em jogo quando as pessoas se conduzem com respeito ao Ordenamento, pois isso seria contrario a segurança jurídica que nossa Constituição garante. Se se castiga alguém por um feito não querido nem imprudente ou por um feito alheio se vulneram princípios básicos em um Estado Democrático”.³⁶⁷

Por fim, Edilson Pereira NOBRE JUNIOR assinala que o princípio da culpabilidade deriva da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI), que força “o seu aplicador a perscrutar o grau de culpa do autor da falta”.³⁶⁸ Diante do exposto, pode-se

³⁶⁴ STF, 2ª. Turma, RE nº. 200.844 AgR/DF, rel. Min. Celso de Mello, DJ. 16/08/2002.

³⁶⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 396.

³⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 474.

³⁶⁷ DE PALMA DEL TESO, Ángeles. **El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador**. Madri: Tecnos, 1996. p. 54. Tradução nossa.

³⁶⁸ NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. **Sanções Administrativas e Princípios de Direito Penal**. Revista dos Tribunais, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, vol. 775, p. 449 et seq., Mai. 2000. No mesmo sentido: SCARPONI, Rita Maria. **Direito Administrativo Sancionador: Princípio da Responsabilidade Subjetiva e Correlatos**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, São

afirmar que o princípio da culpabilidade tem assento constitucional, derivando dos princípios do Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal, da proporcionalidade e da individualização da pena.

2.2.3.2 A distinção entre voluntariedade, dolo e culpa

À luz das considerações expostas no tópico anterior, diversos autores além dos já referidos afirmam que o dolo ou a culpa são imprescindíveis para a configuração do ilícito administrativo, independente de “expressa proclamação normativa”.³⁶⁹ É o caso de Rafael Munhoz de MELLO³⁷⁰, Heraldo Garcia VITTA³⁷¹, Fábio Medina OSÓRIO³⁷² e Marçal JUSTEN FILHO.³⁷³ Não obstante, autores importantes como Celso Antônio Bandeira de MELLO³⁷⁴ e Daniel FERREIRA³⁷⁵ sustentam que a mera voluntariedade já seria suficiente para caracterizar a infração.

2.2.3.2.1 A voluntariedade

Para Bandeira de MELLO, a exigência de voluntariedade para incursão na infração decorre da constatação de que:

“ O Direito propõe-se a oferecer às pessoas uma garantia de segurança, assentada na previsibilidade de que certas condutas podem ou devem ser praticadas e suscitam dados efeitos, ao passo que outras não podem sê-lo, acarretando consequências diversas, gravosas para quem nelas incorrer. Donde, é de meridiana evidência que descaberia qualificar alguém como incurso em infração quando inexistia a possibilidade de prévia ciência e prévia eleição, *in concreto*, do comportamento que o livraria da incidência na infração

Paulo, Editora Revista dos Tribunais, vol. 30, p. 334 et seq., Out. 2005.

³⁶⁹ REBOLLO PUIG, Manuel; IZQUIERDO CARRASCO, Manuel; ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía; BUENO ARMIJO, Antonio Maria. **Derecho Administrativo Sancionador**. Lex Nova: Valladolid, 2010. p. 252.

³⁷⁰ MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 184.

³⁷¹ VITTA, Heraldo Garcia. **A Sanção no Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 41.

³⁷² OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 3^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 356.

³⁷³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11^a. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 617.

³⁷⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 17^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 751.

³⁷⁵ FERREIRA, Daniel. **Teoria Geral da Infração Administrativa a partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 266.

e, pois, na sujeição às sanções para tal caso previstas. Note-se que aqui não se está a falar de culpa ou dolo, mas de coisa diversa: meramente do *animus* de praticar dada conduta.

É muito discutido em doutrina se basta a mera voluntariedade para configurar a existência de um ilícito administrativo sancionável, ou se haveria necessidade ao menos de culpa. Quando menos até o presente, temos entendido que basta a voluntariedade, sem prejuízo, como é claro, de a lei estabelecer uma exigência maior perante a figura tal ou qual”.³⁷⁶

Ocorre que para Hans WELZEL, criador da teoria final da ação, voluntariedade representa algo diverso. Segundo WELZEL, “voluntariedade significa que um movimento corporal e suas consequências podem ser conduzidos a algum ato voluntário, sendo indiferente quais consequências queria produzir o autor”.³⁷⁷ Não parece ser esse o conceito de voluntariedade adotado por Celso Antônio Bandeira de MELLO.

Para o citado professor, a voluntariedade é o “*animus* de praticar dada conduta”.³⁷⁸ Se o infrator não tiver prévio conhecimento e possibilidade de eleger o comportamento que o livrará da infração não haverá voluntariedade. Isso fica claro em outro texto de autoria de Bandeira de MELLO, relativo aos ilícitos tributários, no qual ele afirma que

“ (...) a previsão de sanções (administrativas, administrativas fiscais ou penais) aplicáveis aos transgressores do comando normativo existe precisamente para atemorizar possíveis infratores, estimulando-os, dessarte, a ajustarem seus comportamentos aos padrões admitidos ou desejados pela regra de direito.

Assim, o pressuposto inafastável dos apenamentos (*‘latu sensu’*) é o de que exista a possibilidade dos sujeitos optarem por adotar conduta que os ponha seguramente a salvo da incursão na figura infracional; ou seja: cumpre que possam evitar o risco da sanção e, ao menos por força disto (se por outra razão não for), abstenham-se de incidir no comportamento profligado pelo Direito.

A ser de outro modo, além de que as sanções não teriam como cumprir a função que lhes é própria, os sujeitos viveriam em álea permanente. É que tanto poderiam incorrer, como não incorrer, em figuras infracionais, *independentemente de suas próprias vontades de escolherem o comportamento conforme ou não ao Direito*, o que afinal, seria a própria negação da ordem jurídica”.³⁷⁹

³⁷⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 17^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 751.

³⁷⁷ WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal: Uma introdução à doutrina da ação finalista**. 3^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 35.

³⁷⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 17^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 751.

³⁷⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Ilícito Tributário (Notas Frias)**. Revista de Direito

Ora, se, tal como afirmou PALMA DEL TESO, se “exige que a voluntariedade alcance o conhecimento de que se estavam infringindo as normas, isto é, o conhecimento da própria ilicitude da conduta”, procede-se na realidade a uma “equiparação do requisito da voluntariedade com o dolo, e um implícito reconhecimento da exigência do elemento subjetivo na configuração da infração administrativa”.³⁸⁰ Mais até do que isso, há uma antecipação do juízo de culpabilidade, já que, atualmente, como ensina Francisco de Assis TOLEDO, a “consciência da ilicitude” foi retirada do dolo para “ser melhor situada no interior da própria culpabilidade”.³⁸¹ Assim, aquilo que o admirado doutrinador Celso Antônio Bandeira de MELLO afirma ser voluntariedade, para nós configura o dolo acrescido de uma antecipação acerca do juízo de reprovabilidade da conduta.

2.2.3.2.2 O dolo

Com efeito, “o dolo implica a consciência e vontade de realizar o tipo objetivo em que consiste a infração administrativa”³⁸², consoante o ensinamento de Manuel IZQUIERDO CARRASCO. Portanto, se o agente tem a intenção (elemento intelectual) de praticar o fato e sabe que o pratica (elemento volitivo), age com dolo.

No que concerne ao elemento intelectual, para Alejandro NIETO sua presença exige que “o autor tenha conhecimento das condutas constitutivas do tipo assim como de sua significação antijurídica”.³⁸³ A assertiva não procede, pois como salienta Cezar Roberto BITTENCOURT, “a *consciência do dolo* abrange somente a representação *dos elementos integradores do tipo penal*, ficando fora dela a *consciência da ilicitude*, que hoje está deslocada para o interior da culpabilidade”.³⁸⁴ Em outras palavras, para que haja consciência é “desnecessário o conhecimento da configuração típica, sendo

Tributário, São Paulo, Malheiros, n. 62, p. 25.

³⁸⁰ DE PALMA DEL TESO, Ángeles. **El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador**. Madri: Tecnos, 1996. p. 116. Tradução nossa.

³⁸¹ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 228.

³⁸² REBOLLO PUIG, Manuel; IZQUIERDO CARRASCO, Manuel; ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía; BUENO ARMIJO, Antonio Maria. **Derecho Administrativo Sancionador**. Lex Nova: Valladolid, 2010. p. 301. Tradução nossa.

³⁸³ NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 4^a. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 390. Tradução nossa.

³⁸⁴ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral, vol. 1**. 8^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 210.

suficiente o conhecimento das circunstâncias de fato necessárias à composição da figura típica”.³⁸⁵

Em relação ao elemento volitivo, é importantíssima a distinção entre a vontade presente no dolo e a finalidade presente na ação. Se, como visto, ação é a “atividade humana conscientemente dirigida a um fim”³⁸⁶, poder-se-ia imaginar que a finalidade visada pela ação confunde-se com a vontade elementar ao dolo. Tal suposição seria reforçada pela afirmação de WELZEL, segundo a qual “a espinha dorsal da ação finalista é a vontade”.³⁸⁷ A consequência desse raciocínio seria a conclusão de que o dolo está inserido na ação, e não no tipo. Esse equívoco interpretativo, plenamente compreensível, é esclarecido com precisão por Fábio André GUARAGNI, cuja pertinência da lição autoriza a longa citação:

“ É bem verdade que, numa vertente do finalismo, o dolo chegou a ser equiparado à finalidade pré-jurídica do agente. Isto violava a função conceitual da conduta humana como elemento de enlace, na medida em que antecipava para o plano da conduta o dolo que, na verdade, figurava analiticamente como elemento subjetivo do tipo.

Porém, concebendo-se o dolo como vontade realizadora dos elementos do tipo objetivo, dimensiona-se-o como um dolo natural, composto de elementos cognitivo e volitivo, mas voltado à estrutura típica da qual faz parte, com o que se elimina sua antecipação analítica para o plano pré-típico da conduta humana, ao mesmo tempo em que fica dotado de sentido (...). Desta maneira, enquanto a finalidade se mostra essencial à existência da conduta humana, o dolo assume importância somente como elemento do tipo subjetivo – ou seja, no escalão da tipicidade. Distinguem-se, assim, dolo e finalidade.

Da dedução ontológica do conceito de conduta, extraído e apresentado – portanto – de maneira pré-jurídica pelo finalismo, deflui uma concepção de caráter neutro, que não antecipa em nada as cargas negativas de valor que subsequentemente recairão sobre a ação humana, por intermédio dos escalões da tipicidade, ilicitude e culpabilidade”.³⁸⁸

Na realidade concreta, os elementos que compõem o conceito estratificado de

³⁸⁵ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral, vol. 1.** 8^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 210.

³⁸⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: A Nova Parte Geral.** 8^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 152.

³⁸⁷ WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal: Uma introdução à doutrina da ação finalista.** 3^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 32.

³⁸⁸ GUARAGNI, Fábio André. **As Teorias da Conduta em Direito Penal: Um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista.** 2^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 182-183.

delito ocorrem simultaneamente. Mas, para fins analíticos, são vistos separadamente. A finalidade que é essencial à ação é axiologicamente neutra. Quando se perquire qual o resultado visado pelo agente com sua ação, pouco importa se esse resultado é lícito ou ilícito, pois se está num plano pré-típico (pré-jurídico). Somente em um segundo momento, quando estiver sendo examinada a tipicidade, aí sim a negatividade da conduta humana será valorada e a vontade do autor em realizar o tipo objetivo configurará o dolo.

Suponha-se uma situação em que um empresário pratica a ação de entregar uma pasta com dinheiro a um servidor público. Se a finalidade visada pelo empresário for o pagamento de uma multa contratual, essa ação será irrelevante para o Direito Administrativo Sancionador, ainda que o meio utilizado seja pouco usual. Se, porém, a finalidade visada pelo empresário for a obtenção de alguma espécie de favor indevido durante a execução do contrato, sua ação é relevante para o direito, já que o tipo objetivo do art. 88, III, da Lei 8.666/93 prevê o sancionamento daquele que “demonstre não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados”. O passo seguinte será verificar se o tipo subjetivo foi preenchido, se o empresário agiu com dolo, vale dizer, se tinha consciência e vontade de praticar a ação. Caso a resposta seja positiva, tem-se uma conduta típica.

2.2.3.2.3 A culpa

Não é só o dolo que integra o elemento subjetivo do tipo, mas também a culpa. A culpa consiste na violação de um dever objetivo de cuidado, por imprudência, negligência ou imperícia. De acordo com Fábio Medina OSÓRIO, age com culpa quem “não tem a intenção, nem a vontade de praticar o fato ilícito e proibido, mas acaba cometendo o ato reprovado por uma atitude culposa, equivocada, por uma falta de cuidado ou atenção”.³⁸⁹

Utilizando o mesmo exemplo de Eduardo Rocha DIAS³⁹⁰, age com culpa o contratado que, por esquecimento, atrasa o cumprimento de suas obrigações e deixa de fornecer os vales-alimentação no dia 2, como contratado, fazendo-o somente no dia 5. A conclusão seria diversa se, por exemplo, o contratado enviou os vales na data

³⁸⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 3^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 368.

³⁹⁰ DIAS, Eduardo Rocha. **Sanções Administrativas aplicáveis a Licitantes e Contratados**. São Paulo: Dialética, 1997. p. 44.

aprazada, mas a entrega foi impedida por uma greve dos Correios. Nessa hipótese, o resultado indesejado ocorreu a despeito da diligência do contratado, o que poderá evidenciar a ausência de culpa. Esse singelo exemplo revela a lucidez do magistério de Alejandro NIETO, para o qual a verificação da culpa “não pode prescindir nunca do requisito da possibilidade de evitar o resultado pela simples razão de que o Direito não exige nunca coisas impossíveis”.³⁹¹

Destaque-se, por derradeiro, a observação de Rafael Munhoz de MELLO, segundo a qual “para a configuração do ilícito administrativo não é necessário, em regra, que a atuação seja dolosa, bastando a culpa *strictu sensu*”.³⁹² Em última análise, caberá ao legislador definir se o dolo é essencial para a configuração do tipo ou se a culpa é suficiente.

2.2.3.3 O dolo e a culpa nas infrações cometidas por pessoas jurídicas

Demonstrou-se acima, num esforço de adaptação dos conceitos originalmente construídos pela teoria geral do delito para definir ação humana, que a pessoa jurídica tem capacidade de ação, a qual é desencadeada por intermédio de seus órgãos ou representantes legais, bem como por aqueles que estejam atuando sob o controle destes. Demonstrou-se, ainda, que precisamente por ter capacidade de ação a responsabilidade administrativa da pessoa jurídica é direta, vale dizer, a pessoa jurídica responde pelas ações que praticou ou deixou de praticar e não por atos de terceiros. A questão que se coloca é como verificar a presença do dolo ou da culpa quando a conduta é praticada por uma pessoa jurídica, que, como é elementar, não possui aparelho psíquico e, conseqüentemente, não possui vontade e consciência próprias, mas apenas das pessoas físicas que a representam.

Alejandro NIETO é radicalmente contra a exigência de culpabilidade como requisito para o sancionamento da pessoa jurídica. Embora reconheça a capacidade de ação da pessoa jurídica, que atua por intermédio dos seus órgãos e deve responder pelos atos por esses praticados, NIETO assevera que “a culpabilidade só pode ser

³⁹¹ NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 4^a. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 392. Tradução nossa.

³⁹² MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 186.

exigida dos seres capazes de serem culpáveis”.³⁹³ A proposição dele é que se adote a figura do “garante” para a responsabilização da pessoa jurídica:

“estas, com efeito, devem garantir o cumprimento das obrigações de seus agentes, de tal maneira que as infrações por eles cometidas impliquem um correlativo descumprimento das obrigações do garante, que justifica a responsabilidade deste”.³⁹⁴

Aparentemente, o que propõe NIETO, é a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, pois ela responderá por todo e qualquer descumprimento de obrigação praticado por seus agentes, bastando a mera concretização do resultado. Como se demonstrou acima, esse tipo de responsabilidade é incompatível com o texto constitucional.

Consoante o ensinamento de Marçal JUSTEN FILHO, “não se pune alguém em virtude da mera ocorrência de um evento material indesejável, mas se lhe impõe uma sanção porque atuou de modo reprovável”.³⁹⁵ Assim, até mesmo para que a sanção atinja a finalidade a que se destina, é relevante perquirir se o descumprimento da obrigação foi uma decisão institucional da empresa ou se foi uma iniciativa própria do agente; se a empresa adotou os deveres de cautela necessários a evitar que o seu agente descumprisse a obrigação *etc.* Afinal, como o próprio NIETO asseverou em outra oportunidade, “o Direito não exige nunca coisas impossíveis”.³⁹⁶

Portanto, mais adequada parece-nos a orientação de Marcelo Madureira PRATES³⁹⁷, Rafael Munhoz de MELLO³⁹⁸, Fábio Medina OSÓRIO³⁹⁹, Heraldo Garcia VITTA⁴⁰⁰, Ángeles DE PALMA DEL TESO⁴⁰¹, Manuel IZQUIERDO

³⁹³ NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 4ª. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 451. Tradução nossa.

³⁹⁴ Ibid., p. 451. Tradução nossa.

³⁹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11ª. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 617.

³⁹⁶ NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 4ª. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 392. Tradução nossa.

³⁹⁷ PRATES, Marcelo Madureira. **Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 98-99.

³⁹⁸ MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 209.

³⁹⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 374.

⁴⁰⁰ VITTA, Heraldo Garcia. **A Sanção no Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 51-52.

⁴⁰¹ DE PALMA DEL TESO, Ángeles. **El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador**. Madri: Tecnos, 1996. p. 202.

CARRASCO⁴⁰², Manuel GÓMEZ TOMILLO⁴⁰³, Edilson Pereira NOBRE JUNIOR⁴⁰⁴ e Eduardo Fortunato BIM⁴⁰⁵, os quais, em uníssono, ainda que com alguns matizes, reconhecem a possibilidade de se investigar a presença da culpabilidade nas ações das pessoas jurídicas.

2.2.3.3.1 A divergência sobre a relevância do elemento subjetivo das pessoas físicas na configuração do dolo da pessoa jurídica

Manuel GÓMEZ TOMILLO sustenta que a análise da culpabilidade das pessoas jurídicas deve “tomar como ponto de partida o caráter doloso ou imprudente da pessoa ou das pessoas físicas que atuaram para a sociedade, empresa ou associação infratora”.⁴⁰⁶ Heraldo Garcia VITTA sufraga esse pensamento, afirmando que penas administrativas podem recair sobre as pessoas jurídicas:

“uma vez presentes o *dolo*, ou a *culpa*, como pressupostos subjetivos do ilícito, praticado por *pessoa física*, como preposta, representante, ou outra denominação qualquer que se deseje rotulá-la, desde que tenha agido em *benefício do ente coletivo*, exprimindo a ‘*vontade*’ da *pessoa jurídica*”.⁴⁰⁷

No mesmo sentido, Rafael Munhoz de MELLO observa que “para que seja observado o princípio da culpabilidade, há que se investigar se a atuação das pessoas físicas que integram a pessoa jurídica é dolosa ou culposa”.⁴⁰⁸ Esta também é a posição de Edilson Pereira NOBRE JUNIOR: “a pessoa jurídica que, à míngua de componente anímico, não pode expressar a sua vontade, é responsabilizada pela

⁴⁰² REBOLLO PUIG, Manuel; IZQUIERDO CARRASCO, Manuel; ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía; BUENO ARMIJO, Antonio Maria. **Derecho Administrativo Sancionador**. Lex Nova: Valladolid, 2010. p. 265. Tradução nossa.

⁴⁰³ GÓMEZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALES, Íñigo. **Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica Del Derecho Penal Administrativo**. 2ª. ed. Navarra: Arazandi/Thomson Reuters, 2010. p. 392.

⁴⁰⁴ NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. **Sanções Administrativas e Princípios de Direito Penal**. Revista dos Tribunais, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, vol. 775, p. 449 et seq., Mai. 2000.

⁴⁰⁵ BIM, Eduardo Fortunato. **O mito da responsabilidade objetiva no Direito Ambiental Sancionador**. Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, vol. 5, p. 807 et seq., Mar. 2011.

⁴⁰⁶ GÓMEZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALES, Íñigo. **Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica Del Derecho Penal Administrativo**. 2ª. ed. Navarra: Arazandi/Thomson Reuters, 2010. p. 393.

⁴⁰⁷ VITTA, Heraldo Garcia. **A Sanção no Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 52.

⁴⁰⁸ MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 209.

emissão volitiva de seus dirigentes”.⁴⁰⁹

Embora não seja conclusivo, Fábio Medina OSÓRIO sugere que haveria uma culpabilidade distinta para as pessoas jurídicas, que não meramente o dolo e a culpa das pessoas físicas que a representam:

“ Pode-se sinalizar que a culpabilidade das pessoas jurídicas remete à inevitabilidade do fato e aos deveres de cuidado objetivos que se apresentam encadeados na relação causal. É por aí que passa a culpabilidade.

Poder-se-ia dizer, quem sabe, como ponderamos anteriormente, que haveria uma ‘culpabilidade’ distinta para as pessoas jurídicas. Pensamos que o mais correto seria dizer que as decisões das pessoas jurídicas podem ser valoradas à luz de critérios objetivos próprio da análise das condutas culposas: atuou razoavelmente a pessoa jurídica, observando todos os deveres objetivos de cuidado? Tal indagação poderia expressar, no fundo, uma exigência mínima de culpabilidade. Trata-se, ademais, de problema que pode ser resolvido, porque não exigiria uma valoração de um ato humano, mas sim de um ato juridicamente praticado e constituído. Será tal exigência decorrente do princípio da culpabilidade? Haverá, invariavelmente, essa exigência ou será possível uma responsabilidade objetiva ou por risco inerente à atividade da pessoa jurídica?

Cremos que, em regra, é exigível que o comportamento da pessoa jurídica seja valorado pelo direito e pelos intérpretes”.⁴¹⁰

De modo mais preciso, e divergindo dos autores anteriormente citados, à exceção de OSÓRIO, Eduardo Fortunato BIM entende que considerações sobre a conduta individual dos prepostos da pessoa jurídica não têm cabimento, salvo se ela for unipessoal:

“ Deve-se valorar a conduta da pessoa jurídica de acordo com o dever de diligência que o ramo de atividade impõe. Logo, considerações sobre a atuação de seus prepostos não têm cabimento, exceto se a pessoa jurídica for unipessoal. A violação do dever de cuidado, apta a caracterizar alguma modalidade de culpa, deve ser valorada objetivamente, relacionando-se com o dever de cuidado compatível com o estado da técnica e das normas regulamentares aplicáveis à questão.

Para averiguar a existência de culpa se deve responder a seguinte questão: tomou a pessoa jurídica todos os deveres de cuidado exigidos pelo estado da técnica e/ou pelas normas regulamentares? Se tiver tomado não existe culpa e

⁴⁰⁹ NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. **Sanções Administrativas e Princípios de Direito Penal**. Revista dos Tribunais, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, vol. 775, p. 449 et seq., Mai. 2000.

⁴¹⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 3^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 378-379.

consequentemente sanção administrativa”.⁴¹¹

Não se pode concordar com essa opinião. As condutas de uma empresa que cometeu uma infração pela imprudência de um funcionário e a de outra que, por uma deliberação colegiada, decidiu conscientemente praticar um ilícito não podem ser valoradas do mesmo modo. A violação do dever de cuidado da pessoa jurídica é relevante, assim como também o é o elemento subjetivo que animou a conduta de seus representantes ou empregados.

2.2.3.3.2 A necessária distinção entre a conduta dos empregados e dos representantes legais para fins de aferição do dolo e da culpa das pessoas jurídicas

Seguindo a linha de que a culpabilidade das pessoas jurídicas é distinta, Àngeles DE PALMA DEL TESO aprofunda as considerações desenvolvidas por Eduardo Fortunato BIM. Inicialmente, a autora distingue a conduta dos empregados e dos representantes legais da empresa.⁴¹²

Em relação à conduta dos empregados, a primeira hipótese considerada é aquela em que a conduta do trabalhador “é devida a uma decisão empresarial que lhe é alheia”.⁴¹³ A segunda hipótese é aquela em que “o empregado realizou a ação tipificada como infração, e sua conduta não obedecia a uma prévia decisão empresarial”.⁴¹⁴

Na primeira hipótese, divergindo de BIM e concordando com Munhoz de MELLO, VITTA, NOBRE JUNIOR e GOMÉZ TOMILLO, entendemos nós que deve ser avaliada a presença do dolo ou da culpa nas pessoas físicas que tomaram a decisão executada pelo trabalhador. Se esses elementos estiverem ausentes, a conduta será atípica pela falta do elemento subjetivo. Por outro lado, como enfatiza Marcelo Madureira PRATES, “se a pessoa coletiva, por meio, é certo, da atuação dos seus administradores, foi negligente na observância do seu dever e praticou o ilícito administrativo sem justificação alguma, a sanção administrativa geral haverá de lhe

⁴¹¹ BIM, Eduardo Fortunato. **O mito da responsabilidade objetiva no Direito Ambiental Sancionador**. Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, vol. 5, p. 807 et seq., Mar. 2011.

⁴¹² DE PALMA DEL TESO, Àngeles. **El principio de culpabilidade en el derecho administrativo sancionador**. Madri: Tecnos, 1996. p. 202.

⁴¹³ Ibid., p. 203. Tradução nossa.

⁴¹⁴ Ibid., p. 203. Tradução nossa.

ser inflingida”.⁴¹⁵

Na segunda hipótese, em que o empregado praticou infração não determinada pela empresa, a culpabilidade desta pode decorrer, segundo PALMA DEL TESO⁴¹⁶, do “defeito de organização”, a ser devidamente comprovado. Isso porque “no desenvolvimento da atividade que lhe é própria, omitiu-se de adotar as medidas de precaução necessárias para evitar a comissão das ações constitutivas de infração”.⁴¹⁷

Sob outro aspecto, quando a infração é praticada diretamente pelos representantes legais da empresa, sem exceder o âmbito de suas atribuições, é preciso analisar se estes agiram com dolo ou culpa, pois a vontade manifestada por estes é a vontade da própria empresa.

Já quando a infração é praticada por aqueles que ocupam posição de liderança e representação, mas fora do âmbito de seus poderes ou atribuições⁴¹⁸, será necessário, então, tal como na situação dos demais funcionários, perquirir sobre a existência de defeito de organização. Como pontua Eduardo Fortunato BIM, “um bom termômetro, mas não o único, é a impossibilidade ou inexigibilidade de outra conduta (ou conduta diversa) porque ficaria claro nesses casos a ausência de omissão da diligência adequada”.⁴¹⁹ Com efeito, não se pode imputar à empresa o dever de evitar em absoluto à ocorrência da infração, mas tão-somente de adoção das cautelas necessárias para que esta não ocorra.

Em síntese, entende-se que, em regra, o dolo ou a culpa das pessoas físicas constituirá o dolo ou a culpa das pessoas jurídicas, mas nem sempre, ante a possível falta de poderes para manifestar a vontade em nome da empresa. Por outro lado, mesmo não havendo poderes de representação, é possível que a infração desencadeada alguma das pessoas físicas que integram a empresa configure a culpabilidade desta, se restar evidenciada a existência de um defeito de organização. Em nossa avaliação, são essas as peculiaridades do conceito de culpabilidade quando aplicáveis às pessoas jurídicas.

⁴¹⁵ PRATES, Marcelo Madureira. **Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 99.

⁴¹⁶ DE PALMA DEL TESO, Ángeles. **El principio de culpabilidade en el derecho administrativo sancionador**. Madri: Tecnos, 1996. p. 202.

⁴¹⁷ Ibid., p. 202.

⁴¹⁸ Nos termos do art. 997 do Código Civil: “A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará: (...); VI - as pessoas naturais incumbidas da administração da sociedade, e seus poderes e atribuições;”.

⁴¹⁹ BIM, Eduardo Fortunato. **O mito da responsabilidade objetiva no Direito Ambiental Sancionador**. Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, vol. 5, p. 807 et seq., Mar. 2011.

2.3 ANTIJURIDICIDADE

Verificada a tipicidade de determinado comportamento, o passo seguinte é avaliar sua contrariedade com o ordenamento jurídico como um todo. Isso porque se tal comportamento for, por exemplo, autorizado pelo direito civil, pode ser que não se configure a infração administrativa, a despeito da tipicidade da conduta. Como salienta Manuel GÓMEZ TOMILLO, “um comportamento é ou não é conforme o Direito, *tertium non datur*. O juízo de antijuridicidade se trata precisamente de esclarecer esse dado”.⁴²⁰

Nesse sentido, a antijuridicidade ou, como prefere ASSIS TOLEDO, a ilicitude consiste na “relação de antagonismo que se estabelece entre uma conduta humana voluntária e o ordenamento jurídico, de modo a causar lesão ou expor a perigo de lesão um bem jurídico tutelado”.⁴²¹ Esse conceito, que tem a virtude de unificar as chamadas antijuridicidades formal (desobediência à norma) e a material (lesão ou risco de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma), é aplicável ao Direito Administrativo Sancionador com a ressalva de que, nesta seara, inserem-se também as ações praticadas pelas pessoas jurídicas, e não somente as condutas humanas.

Em regra, as ações típicas são antijurídicas. Daí dizer-se que a tipicidade é indiciária da antijuridicidade, o que, todavia, pode não se confirmar caso incida no caso concreto algumas das denominadas causas de exclusão da antijuridicidade.

2.3.1 As causas de exclusão da antijuridicidade

As causas de exclusão da antijuridicidade são classificadas em legais ou supralegais, conforme estejam ou não previstas em lei. O Código Penal prevê quatro causas de exclusão da antijuridicidade ao dispor: “Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”. Além dessas, a doutrina penal costuma acrescentar “o consentimento do ofendido, como *causa*

⁴²⁰ GÓMEZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALES, Íñigo. **Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica Del Derecho Penal Administrativo**. 2ª. ed. Navarra: Arazandi/Thomson Reuters, 2010. p. 445. Tradução nossa.

⁴²¹ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 163.

supralegal, subjacente em nossa ordem jurídica”.⁴²²

No Direito Administrativo Sancionador, a primeira questão que se coloca é se, tal como no Direito Penal, admite-se a existência de causas supralegais de exclusão da antijuridicidade ou se, ao revés, apenas as causas legais seriam aplicadas.

De acordo com Rafael Munhoz de MELLO, não é necessária a previsão legal das causas de justificativa, pois “o sujeito que adota um comportamento típico para se defender ou para proteger outro bem jurídico não está agindo de modo ilícito, ainda que não haja no ordenamento jurídico previsão expressa de cláusula de exclusão de ilicitude”.⁴²³ Partilham dessa opinião Heraldo Garcia VITTA⁴²⁴ e Régis Fernandes de OLIVEIRA, para quem:

“A discriminante pode ser aceita, em benefício do infrator, ainda que proveniente de causa supralegal, sem desprestígio ao princípio da segurança jurídica, se o julgador do auto de infração fundamentar a sua decisão no art. 4º. da LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – atual denominação da Lei de Introdução ao Código Civil) reconhecendo que ‘o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito’”.⁴²⁵

No mesmo sentido, Eduardo Sens dos SANTOS afirma:

“Parece claro que diante de um Estado de Direito fundado na dignidade humana não é possível invocar a inexistência de expressa previsão regulamentar ou legal de causas de [exclusão de] antijuridicidade e de culpabilidade para negar uma decorrência lógica prevista mesmo para os graves casos criminais”.⁴²⁶

No direito espanhol, essa orientação é perfilhada por Antonio BUENO ARMIJO⁴²⁷, Manuel GÓMEZ TOMILLO⁴²⁸ e Manoel REBOLLO PUIG.⁴²⁹

⁴²² TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 173. No mesmo sentido: SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal: parte geral**. 2ª. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Júris, 2007. p. 264; REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal: Parte Geral**. 3ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 172.

⁴²³ MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 150.

⁴²⁴ VITTA, Heraldo Garcia. **A Sanção no Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 56.

⁴²⁵ OLIVEIRA, Régis Fernandes. **Infrações e Sanções Administrativas**. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 32.

⁴²⁶ SANTOS, Eduardo Sens dos. **Tipicidade, Antijuridicidade e Culpabilidade nas Infrações Administrativas**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 51, p. 229, Abr. 2005. Acrescentou-se a expressão entre colchetes, não constante no original, para conferir o sentido pretendido pelo autor ao texto.

⁴²⁷ REBOLLO PUIG, Manuel; IZQUIERDO CARRASCO, Manuel; ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía; BUENO ARMIJO, Antonio Maria. **Derecho Administrativo Sancionador**. Lex Nova:

2.3.1.1 A legítima defesa

Porém, na análise das causas de exclusão de antijuridicidade em espécie alguma divergência se instaura. Consoante a doutrina de Fábio Medina OSÓRIO:

“Uma conduta reconhecida como ilegal e formal e materialmente enquadrada em um tipo proibitivo dificilmente terá uma justificação, porque o Direito Administrativo não admite a maioria das conhecidas figuras do Direito Penal, v.g., legítima defesa ou consentimento do ofendido, notadamente em matéria de ilícitos contra a Administração Pública”.⁴³⁰

Heraldo Garcia VITTA⁴³¹ e Celso Antônio Bandeira de MELLO⁴³² sustentam posição diversa. Nos termos do art. 25 do Código Penal, “entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”. Segundo Juarez Cirino dos SANTOS, esse preceito funda-se na compreensão de que “o direito não precisa ceder ao injusto, nem o agredido precisa fugir do agressor”.⁴³³ Nesse sentido, é ilustrativo o exemplo utilizado por Daniel FERREIRA relativo ao enfermeiro – acrescentamos nós, servidor público – que, defendendo-se “de paciente enlouquecido que tenta perfurá-lo com bisturi, empurra-o, fazendo com que este venha a cair e, por conta disto, falecer”.⁴³⁴ É evidente que ao servidor não poderá ser imposta uma sanção administrativa, pois, a despeito da tipicidade da conduta, incide na espécie uma causa de justificação manifestamente razoável e, por isso, plenamente aplicável ao Direito Administrativo Sancionador.

Valladolid, 2010. p. 227. Tradução nossa.

⁴²⁸ GÓMEZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALES, Íñigo. **Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica Del Derecho Penal Administrativo**. 2ª. ed. Navarra: Arazandi/Thomson Reuters, 2010. p. 448.

⁴²⁹ REBOLLO PUIG, Manuel. **El Derecho Administrativo Sancionador**. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.). *Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo: Obra em Homenagem a Eduardo García de Enterría*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 266. Tradução nossa.

⁴³⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 262.

⁴³¹ VITTA, Heraldo Garcia. **A Sanção no Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 56.

⁴³² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 746.

⁴³³ SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal: parte geral**. 2ª. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Júris, 2007. p. 425.

⁴³⁴ FERREIRA, Daniel. **Teoria Geral da Infração Administrativa a partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 180.

2.3.1.2 O consentimento do ofendido (ou a confiança legítima)

Diferentemente da legítima defesa, é mais delicada a aceitação do consentimento do ofendido no Direito Administrativo Sancionador. O Estado constrói os tipos penais para proteger determinados bens jurídicos individuais, como a vida, a saúde, a liberdade. E, ao fazê-lo, tais bens passam a ser de interesse do Estado. Todavia, como leciona Miguel REALE JUNIOR, esse interesse cede passo, “em determinados casos, ao interesse do titular direto do bem, cujo consentimento de que seja lesado o seu bem desfaz o caráter ilícito da ação”.⁴³⁵ Ocorre que um dos limites ao consentimento do ofendido é a transcendência dos interesses envolvidos. “A disponibilidade pode recair, portanto, sobre bens exclusivos do titular do bem, não atingindo o interesse geral”.⁴³⁶ Assim, em matéria de infrações administrativas, especialmente aquelas consumadas na execução de contratos públicos, é difícil imaginar uma hipótese em que a administração pública possa consentir pura e simplesmente com a ofensa a um bem jurídico tutelado por um tipo, que geralmente está relacionado a um interesse coletivo.

Para Alejandro NIETO, a categoria que mais se aproxima conceitualmente do consentimento do ofendido no Direito Administrativo é a confiança legítima. O exemplo mencionado é o de uma região em que é proibido estacionar, mas que tradicionalmente a Prefeitura tolera o estacionamento nos dias festivos, “até que um dia impõe subitamente um cumprimento rigoroso”.⁴³⁷ Nesse caso, NIETO invoca “a confiança legítima em uma determinada conduta tolerante da Administração, que pode exonerar a responsabilidade enquanto causa de justificação da ação antijurídica”.⁴³⁸ Justificação que decorre não tanto do consentimento do ofendido, pois este, na situação concreta, impôs o cumprimento da norma, mas, sim, de sua contraditória postura anterior, em que tolerava ofensas ao bem jurídico só agora rígida e abruptamente protegido.

O tema não é estranho ao direito brasileiro. Ao contrário, o princípio da confiança legítima é consagrado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal,

⁴³⁵ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal: Parte Geral**. 3ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 174.

⁴³⁶ Ibid., p. 173.

⁴³⁷ NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 4ª. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 368. Tradução nossa.

⁴³⁸ Ibid., p. 368-369. Tradução nossa.

como assentando em um belíssimo voto do Min. Cezar PELUSO:

“ A fonte do princípio da proteção da confiança está, aí, na boa-fé do particular, como norma de conduta, e, em consequência, na *ratio iuris* da coibição do *venire contra factum proprium*, tudo o que implica vinculação jurídica da Administração Pública às suas próprias práticas, ainda quando ilegais na origem. O Estado de Direito é sobretudo Estado de confiança.

E a boa-fé e a confiança dão novo alcance e significado ao princípio tradicional da segurança jurídica, em contexto que, faz muito, abrange, em especial, as posturas e os atos administrativos, como o adverte a doutrina, relevando a importância decisiva da ponderação dos valores da legalidade e da segurança, como critério epistemológico e hermenêutico destinado a realizar, historicamente, a ideia suprema da justiça”.⁴³⁹

À luz dessas considerações, entende-se que a confiança legítima insere-se entre as causas de exclusão da antijuridicidade no Direito Administrativo Sancionador.

2.3.1.3 O estado de necessidade

O Código Penal considera “em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se” (art. 24). A razoabilidade é o ponto crucial dessa causa justificante. Como observa Francisco de Assis TOLEDO, deve haver um “*balanceamento dos bens e deveres* em conflito, que possibilite identificar no bem sacrificado valor igual ou inferior ao do bem defendido”.⁴⁴⁰ Em suma, não é justificável o sacrifício de uma vida para a preservação do patrimônio. Não obstante, reputa-se justificado o cometimento de infração de trânsito, consistente no excesso de velocidade, enquanto o motorista, acometido de forte dor no peito, deslocava-se em busca de socorro médico. Foi o que decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em Acórdão da lavra do Desembargador Arakem de ASSIS, noticiado por Daniel FERREIRA⁴⁴¹:

⁴³⁹ STF, Pleno, ACO nº 79/MT, rel. Min. Cezar Peluso, DJe. 25/05/2012.

⁴⁴⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 184.

⁴⁴¹ FERREIRA, Daniel. **Teoria Geral da Infração Administrativa a partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 180.

“ADMINISTRATIVO. TRÂNSITO. APLICAÇÃO DE MULTA. ESTADO DE NECESSIDADE COMO EXCLUDENTE DA INFRAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. É possível admitir-se o estado de necessidade como fator excludente da infração de trânsito.

2. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO”.⁴⁴²

2.3.1.4 O exercício regular de um direito e o estrito cumprimento de um dever legal

Importa, ainda, analisar o exercício regular de um direito e o estrito cumprimento de um dever legal. Para Fábio Medina OSÓRIO “essas causas justificatórias integram, em realidade, causas de inadequação típica, ou seja, excluem a tipicidade proibitiva, porque tornam a conduta, *ab ovo*, lícita”.⁴⁴³ A assertiva não procede. Se determinada conduta preencher os requisitos objetivos e subjetivos do tipo, será típica. Não obstante, se estiver amparada no ordenamento jurídico, sob a forma de direito ou dever, sua antijuridicidade é que será excluída. Antonio Maria BUENO ARMIJO exemplifica com o caso dos servidores públicos, cujos estatutos geralmente preveem a proibição de manifestar ideias ou opiniões. A despeito disso, segundo ele, tem-se admitido que “o exercício da liberdade de expressão possa constituir uma causa de justificação que exclua a antijuridicidade destas condutas, impedindo que possam ser sancionadas, ainda quando resultem típicas”.⁴⁴⁴

A posição de OSÓRIO faz sentido somente se a justificação estiver contemplada no próprio tipo. É o que ocorre com o art. 81 da Lei 8.666/93, segundo o qual “A recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo estabelecido pela Administração, caracteriza o descumprimento total da obrigação assumida, sujeitando-o às penalidades legalmente estabelecidas”. Se, por exemplo, o adjudicatário recusar-se a assinar o contrato porque, após o início do certame, foi surpreendido com uma declaração de inidoneidade, sua ação configurará o exercício de um dever legal, já que o art. 97, parágrafo único, da mesma lei preceitua que constitui crime “aquele que, declarado inidôneo, venha a licitar ou a contratar com a Administração”.

Nessa hipótese, a ação será atípica, porque a recusa não foi injustificada. Se,

⁴⁴² TJRS, 4ª. Câmara Cível, AI nº 70002411577, rel. Des. Arakem de Assism, j. 25/05/2012.

⁴⁴³ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 262.

⁴⁴⁴ REBOLLO PUIG, Manuel; IZQUIERDO CARRASCO, Manuel; ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía; BUENO ARMIJO, Antonio Maria. **Derecho Administrativo Sancionador**. Lex Nova: Valladolid, 2010. p. 238-239. Tradução nossa.

porém, o tipo não contemplasse a expressão “injustificada”, a recusa, embora típica, não seria antijurídica, porque amparada em uma causa de justificação consistente no estrito cumprimento do dever legal.

2.4 A CULPABILIDADE (OU REPROVABILIDADE)

A culpabilidade é ultimo dos três elementos que compõem o conceito estratificado de infração administrativa adotado no presente trabalho. Culpabilidade não se confunde com a culpa, que, para os teóricos da ação final, passou a integrar o tipo subjetivo. Uma ação típica e antijurídica é uma ação em desconformidade com o ordenamento jurídico. Todavia, para que ela se consubstancie em uma infração administrativa é necessário que seja também culpável.

Segundo Hans WELZEL, “a culpabilidade não se conforma com essa relação de discordância objetiva entre a ação e o ordenamento jurídico, mas lança sobre o autor a reprovabilidade pessoal por não haver omitido a ação antijurídica apesar de tê-la podido omitir”.⁴⁴⁵ O foco na reprovação, que decorre da constatação de que “*o sujeito infrator poderia ter adotado providência diversa*”⁴⁴⁶, é o que leva Daniel FERREIRA a denominar esse terceiro elemento do conceito de infração como *reprovabilidade*, não como *culpabilidade*.

A possibilidade de adoção de providência diversa é o que Assis TOLEDO conceitua como *evitabilidade*.⁴⁴⁷ Com efeito, apenas se o infrator tiver a possibilidade de evitar o fato e não o fizer é que sua ação será censurável. Ocorre que a possibilidade de evitar o fato deve ser avaliada pelo julgador à luz da situação concreta, “do aqui e agora”.⁴⁴⁸ Afere-se a culpabilidade “deste homem nesta situação, não do *homo medius*, abstrato, inexistente, de triste memória”.⁴⁴⁹

Portanto, para que uma ação seja culpável, Heleno Cláudio FRAGOSO afirma que ela deve preencher os seguintes requisitos: a) imputabilidade; b) potencial consciência da antijuridicidade; c) exigibilidade de comportamento conforme o

⁴⁴⁵ WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal: Uma introdução à doutrina da ação finalista**. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 108.

⁴⁴⁶ FERREIRA, Daniel. **Teoria Geral da Infração Administrativa a partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 297.

⁴⁴⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 232.

⁴⁴⁸ Ibid., p. 232.

⁴⁴⁹ Ibid., p. 232.

direito.⁴⁵⁰

A imputabilidade “é a condição pessoal de maturidade e sanidade mental que confere ao agente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar segundo esse entendimento”.⁴⁵¹ Já a necessidade de que haja potencial consciência da ilicitude decorre da compreensão de que nem sempre é reprovável a conduta de “quem supõe, por erro, que atua conforme o direito”.⁴⁵² De acordo com Francisco MUÑOZ CONDE, “a função motivadora da norma penal só pode ter eficácia, a nível individual, se o indivíduo em questão, autor de um fato proibido pela norma penal (portanto, típico e antijurídico), tinha consciência da proibição, pois, do contrário, ele não teria motivo para se abster de fazer o que fez”.⁴⁵³

Como o conhecimento do ilícito exigido não é o atual, não é necessário, como bem observa NIETO, “penetrar na mente do autor para saber sem dúvida o que conhecia”.⁴⁵⁴ Como anota Eduardo Rocha DIAS, basta que o agente “tenha a consciência potencial da ilicitude do fato”, potencialidade essa que será avaliada “por suas características peculiares (grau de instrução, atividade profissional exercida etc.)”.⁴⁵⁵

A exigibilidade de comportamento conforme o direito está relacionada, como já se antecipou, ao juízo de reprovação decorrente da inevitabilidade da ação delituosa diante da situação concreta. Se a ofensa ao bem jurídico era inevitável, ter-se-á, como assinala Marçal JUSTEN FILHO com amparo na doutrina de Hans WELZEL, “uma desgraça mas não um injusto”.⁴⁵⁶

Por fim, cumpre referir que, a despeito da clareza e do brilho das construções do Direito Penal acerca da culpabilidade, Ángeles DE PALMA DEL TESO sustenta que não é possível transladar ao Direito Sancionador Administrativo as doutrinas penalistas.⁴⁵⁷ Para a autora, a identificação da culpabilidade como reprovabilidade,

⁴⁵⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: A Nova Parte Geral**. 8ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 202.

⁴⁵¹ Ibid., p. 202.

⁴⁵² Ibid., p. 211.

⁴⁵³ MUNOZ CONDE, Francisco. **Teoria Geral do Delito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 157.

⁴⁵⁴ NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 4ª. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 390. Tradução nossa.

⁴⁵⁵ DIAS, Eduardo Rocha. **Sanções Administrativas aplicáveis a Licitantes e Contratados**. São Paulo: Dialética, 1997. p. 43.

⁴⁵⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11ª. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 617-618.

⁴⁵⁷ DE PALMA DEL TESO, Ángeles. **El principio de culpabilidade en el derecho administrativo sancionador**. Madri: Tecnos, 1996. p. 41. Tradução nossa.

provida de uma carga ética e moral, é incompatível com o Direito Administrativo:

“A Administração, depois de constatar o cometimento de uma infração, não deve dirigir, porque não é sua função, nenhuma repreensão ética ou moral ao infrator. A finalidade do Direito Sancionador é a prevenção. A sanção administrativa ameaçada tem a finalidade de evitar o cometimento de infrações, buscando deste modo preservar a indenidade dos bens jurídicos que o legislador decidiu proteger através do Direito Sancionador Administrativo”.⁴⁵⁸

Ora, tudo o que a autora afirmou acerca dos fins do Direito Administrativo Sancionador aplica-se ao Direito Penal. Este também visa proteger bens jurídicos, prevenindo ofensas mediante a estipulação e a aplicação de penas, “pelo que a coincidência é plena com o Direito administrativo sancionador”.⁴⁵⁹

É interessante observar que, para PALMA DEL TESO, no Direito Administrativo Sancionador a conduta típica é culpável “pela simples razão de ser atribuível ao seu autor a título de culpa ou dolo”.⁴⁶⁰ Ou seja, nesse âmbito, dolo e culpa seriam o “núcleo essencial do princípio da culpabilidade”⁴⁶¹, sendo irrelevante a reprovabilidade. O curioso é que, páginas adiante, a autora considera o erro como uma possível causa de exclusão da culpabilidade, exatamente como o Direito Penal, assinalando que “ao vincular-se a responsabilidade a uma previa conduta culpável o erro desempenha um papel protagonista, pois sua presença pode determinar a exclusão da culpabilidade”.⁴⁶²

Portanto, aquilo que PALMA DEL TESO trata como incompatibilidade é, na realidade, mera divergência quanto à alocação dos elementos dentro do conceito estratificado do delito. A teoria finalista da ação aloca o dolo e a culpa no tipo subjetivo. PALMA DEL TESO aloca-os na culpabilidade, juntamente com o erro. Nesse ponto há plena coincidência entre a construção de PALMA DEL TESO e a teoria finalista da ação, que também insere o erro na culpabilidade, como uma de suas excludentes.

⁴⁵⁸ DE PALMA DEL TESO, Ángeles. **El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador**. Madri: Tecnos, 1996. p. 42. Tradução nossa.

⁴⁵⁹ GÓMEZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALES, Íñigo. **Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica Del Derecho Penal Administrativo**. 2ª. ed. Navarra: Arazandi/Thomson Reuters, 2010. p. 461.

⁴⁶⁰ DE PALMA DEL TESO, Ángeles. **El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador**. Madri: Tecnos, 1996. p. 42. Tradução nossa.

⁴⁶¹ Ibid., p. 42. Tradução nossa.

⁴⁶² Ibid., p. 157. Tradução nossa.

2.4.1 Causas de exclusão da culpabilidade

José Roberto Pimenta de OLIVEIRA afirma que se tem “a obrigatoriedade de reconhecimento da *inidoneidade da sanção administrativa* quando presentes as *causas de exclusão da culpabilidade* (designadas dirimentes)”.⁴⁶³

2.4.1.1 Inexigibilidade de conduta diversa

A mais importante causa de exclusão da culpabilidade é a inexigibilidade de conduta diversa. Não é reprovável a conduta de quem não se pode exigir que agisse de modo diverso diante da anormalidade das circunstâncias de fato. Como ensina René Ariel DOTTI, “remanesce a ilicitude do fato, mas a culpabilidade é excluída pelas circunstâncias ou por motivos excepcionais que não permitiram a atuação segundo a existência da norma”.⁴⁶⁴

As primeiras hipóteses de inexigibilidade de conduta diversa, previstas no Código Penal, são a coação irresistível e a obediência hierárquica: “Art. 22. Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem”.

A coação irresistível se verifica quando o administrado pratica o ilícito impelido por violência física ou séria ameaça. A obediência hierárquica excluirá a antijuridicidade se a ordem exarada pelo superior for legítima, pois, nessa hipótese, restarão configuradas as eximentes: estrito cumprimento de um dever legal ou exercício regular de um direito. Se, porém, a ordem for ilegal, mas não *manifestamente* ilegal, será excluída a culpabilidade. Caso a ordem seja manifestamente ilegal, o agente não está obrigado a executá-la, conforme se depreende, por exemplo, da Lei 8.112/90: “Art. 116. São deveres do servidor: (...); IV - cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais”. Se, a despeito de não estar obrigado, o agente optar por executá-la, agirá de modo reprovável, sujeitando-se, conseqüentemente, às sanções legalmente previstas.

⁴⁶³ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta de. **Os Princípios da Razoabilidade e de Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 490.

⁴⁶⁴ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**. 4^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 111.

2.4.1.2 Caso fortuito e de força maior

A Lei 8.666/93 contempla o caso fortuito e a força maior, ora para justificar a alteração dos prazos de contratuais (art. 57, §1º, II), ora para motivar o reequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato (art. 65, II, “d”) e ora como causa de rescisão, porque “impeditiva da execução do contrato” (art. 78, XVII). Egon Bockmann MOREIRA e Fernando Vernalha GUIMARÃES conceituam caso fortuito e caso de força maior como “todo e qualquer evento superveniente, ou de conhecimento superveniente, imprevisível ao licitante à época de formulação de sua proposta, capaz de acarretar o rompimento da equação financeira do contrato”⁴⁶⁵ ou, acrescentamos nós, de retardar ou impedir sua execução.

Tradicionalmente, o caso fortuito e a força maior têm sido tratados como excludente de culpabilidade⁴⁶⁶, razão pela qual estão sendo abordados no presente capítulo. Não obstante, entende-se que eles estariam melhor alocadas como excludentes da tipicidade, pois sua verificação exclui o dolo ou a culpa, como bem observa Francisco MUÑOZ CONDE:

“se admitirmos que o dolo e a culpa são já as duas únicas formas subjetivas de imputação no *tipo de injusto*, dever-se-á considerar que o caso fortuito, como ausência de dolo e culpa relativamente ao mal produzido, é uma causa de *exclusão do tipo de injusto*, que afasta o mal produzido fortuitamente do âmbito penalmente relevante”.⁴⁶⁷

Exemplo clássico de evento de força maior impeditivo da execução contractual é a greve. Todavia, Egon Bockmann MOREIRA e Andrea Cristina BAGATIN destacam que o “determinante para se estar diante de um caso de força maior não é a simples existência de greve, mas a demonstração de tal greve era

⁴⁶⁵ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública: A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação - RDC**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 216.

⁴⁶⁶ Nesse sentido: TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 338; FERREIRA, Daniel. **Teoria Geral da Infração Administrativa a partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 322.

⁴⁶⁷ MUNOZ CONDE, Francisco. **Teoria Geral do Delito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 118. No mesmo sentido: VITTA, Heraldo Garcia. **A Sanção no Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 53. Em sentido diverso, Egon Bockmann MOREIRA e Andreia Cristina BAGATIN afirmam que “a força maior não incide como um excludente da culpa (que assim pode vir a se tornar irrelevante), mas do *nexo de causalidade*” (MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina. **Contratos Administrativos, Direito à Greve e os “Eventos de Força Maior”**. Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 875, p. 41 et. seq., Set. 2008).

inevitável e impediu, de modo incontestado, a execução contratual”.⁴⁶⁸ Caso isso se confirme, restará configurada a atipicidade de eventual atraso ou inexecução contratual.

2.4.1.3 O Erro

Por fim, cumpre analisar o erro como causa de exclusão da culpabilidade. Miguel REALE JUNIOR define o erro como “uma representação não correspondente à realidade, uma representação falsa da realidade fática ou normativa”.⁴⁶⁹ O erro é relevante para o Direito Penal e para o Direito Administrativo Sancionador, porque, como se antecipou, nem sempre é reprovável a conduta de “quem supõe, por erro, que atua conforme o direito”.⁴⁷⁰

Denomina-se erro de tipo quando este recai “sobre elementos ou circunstâncias do tipo”.⁴⁷¹ Age com erro de tipo quem atira e mata um ser humano supondo ser um espantalho, pois o agente tem uma falsa percepção dos elementos do tipo (matar *alguém*). O atirador supunha que o seu alvo era um boneco, não alguém.

Segundo o Código Penal, o fato da pessoa não ter a intenção de atirar em alguém exclui o dolo: “Art. 20. O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei”. Se o erro restar plenamente justificado pelas circunstâncias - por exemplo, a vítima disfarçou-se de espantalho em um clube de tiro - o atirador será isento de pena, nos termos do art. 20, §1º, do Código Penal: “É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima”. Se, porém, o atirador houver sido imprudente, sua conduta poderá configurar homicídio na modalidade culposa, conforme se infere da parte final do art. 20, §1º, do Código Penal: “Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos”.

No erro de proibição a falsa percepção recai sobre “a antijuridicidade (ou

⁴⁶⁸ MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina. **Contratos Administrativos, Direito à Greve e os “Eventos de Força Maior”**. Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 875, p. 41 et. seq., Set. 2008.

⁴⁶⁹ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal: Parte Geral**. 3ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 134.

⁴⁷⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: A Nova Parte Geral**. 8ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 211.

⁴⁷¹ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 267.

ilicitude) da ação”.⁴⁷² Nas palavras de Rafael Munhoz de MELLO, “a pessoa tem plena consciência da conduta que adota, mas erroneamente considera que sua prática é permitida pelo ordenamento jurídico. A falsa percepção tem por objeto a proibição, que o agente considera não existir”.⁴⁷³

É frequente afastar-se um alegado erro de proibição sob o argumento, extraído do art. 3º. da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei 4.657/1942), segundo o qual “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”. Nem sempre, porém, a aplicação desse comando atende o disposto no princípio da culpabilidade, pois “as hipóteses em que se infringe a Lei por se desconhecer a norma aplicável não se podem equiparar punitivamente as de quem atua com plena consciência de violar o dever jurídico”.⁴⁷⁴ Sensível a essa circunstância o art. 21 do Código Penal preceitua: “O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço”.

Se o Direito Penal admite o erro como causa de redução da pena ou até de sua isenção, o Direito Administrativo deve admiti-lo com maior razão. O repertório de crimes geralmente é mais conhecido pela população. A lista de deveres e infrações administrativas é interminável e, como assevera Antonio Maria BUENO ARMIJO, “pressupor seu conhecimento é uma ficção”.⁴⁷⁵ Isso se deve ao fato de que, como constata Heraldo Garcia VITTA, “todas as entidades, políticas e administrativas, editam leis e atos administrativos; diversas pessoas jurídicas, compostas por órgãos diferentes, têm competência para editar atos jurídicos, com conteúdos variáveis, em determinado espaço e tempo”.⁴⁷⁶ Diante dessa miríade de atos com conteúdo normativo, é possível que, apesar da diligência adotada, um cidadão incida em erro, supondo lícita determinada conduta proibida.

As situações mais comuns de erro derivam de dificuldades de interpretação.

⁴⁷² TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 267.

⁴⁷³ MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 104.

⁴⁷⁴ GÓMEZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALES, Íñigo. **Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica Del Derecho Penal Administrativo**. 2ª. ed. Navarra: Arazandi/Thomson Reuters, 2010. p. 496.

⁴⁷⁵ REBOLLO PUIG, Manuel; IZQUIERDO CARRASCO, Manuel; ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía; BUENO ARMIJO, Antonio Maria. **Derecho Administrativo Sancionador**. Lex Nova: Valladolid, 2010. p. 325. Tradução nossa.

⁴⁷⁶ VITTA, Heraldo Garcia. **A Sanção no Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 55.

Marcelo Madureira PRATES ensina que

“o erro não deverá ser censurável se for decorrente de manifesta imprecisão da norma de regência, revelada por meio (1) da omissão de elementos essenciais do dever exigido ou da infração prevista; (2) da contradição da norma com outras normas relacionadas; ou (3) da obscuridade ou da confusão de suas disposições, mormente quando devam ser complementadas por outras normas de fontes diversas”.⁴⁷⁷

Embora seja possível admitir o erro como causa de exclusão da culpabilidade nas infrações administrativas em licitações e contratos, entende-se que suas hipóteses serão restritíssimas. Primeiro, pela natureza contratual da relação travada entre o contratado e a Administração Pública. A proximidade propiciada por esse tipo de relação permite que eventuais dúvidas interpretativas sejam sanadas com antecedência, evitando-se a consumação de infrações. Segundo, pelo fato da empresa ou do profissional contratado possuírem, necessariamente, habilitação técnica para atuar na área objeto da avença, o que pressupõe amplo conhecimento da legislação aplicável. Tratando-se de empresas essa presunção é ainda mais acentuada, pois se a pessoa jurídica permitiu que atuasse em seu nome um profissional com qualificação insuficiente, terá agido com culpa por “defeito de organização”.⁴⁷⁸

2.5 OS TIPOS INFRACIONAIS NA LEI Nº 8.666/93

2.5.1 Recusa injustificada em assinar o contrato

O art. 81 da Lei 8.666/93 preceitua:

“Art. 81. A recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo estabelecido pela Administração, caracteriza o descumprimento total da obrigação assumida, sujeitando-o às penalidades legalmente estabelecidas”.

Essa regra está relacionada ao art. 64 da mesma lei, segundo o qual:

⁴⁷⁷ PRATES, Marcelo Madureira. **Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 102.

⁴⁷⁸ GÓMEZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALES, Íñigo. **Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica Del Derecho Penal Administrativo**. 2ª. ed. Navarra: Arazandi/Thomson Reuters, 2010. p. 509.

“Art. 64. A Administração convocará regularmente o interessado para assinar o termo de contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo e condições estabelecidos, sob pena de decair o direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 desta Lei.

§ 1º O prazo de convocação poderá ser prorrogado uma vez, por igual período, quando solicitado pela parte durante o seu transcurso e desde que ocorra motivo justificado aceito pela Administração

§ 2º É facultado à Administração, quando o convocado não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou retirar o instrumento equivalente no prazo e condições estabelecidos, convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para fazê-lo em igual prazo e nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado, inclusive quanto aos preços atualizados de conformidade com o ato convocatório, ou revogar a licitação independentemente da cominação prevista no art. 81 desta Lei.

§ 3º Decorridos 60 (sessenta) dias da data da entrega das propostas, sem convocação para a contratação, ficam os licitantes liberados dos compromissos assumidos”.

Portanto, uma vez adjudicado o objeto do certame em favor de determinado licitante, este será regularmente convocado para assinar o contrato. O prazo e as condições para assinatura devem estar previstos no edital, consoante determina o art. 40, II, da Lei 8.666/93. Porém, nem sempre a falta de assinatura no prazo decorrerá da recusa do adjudicatário. Pode ocorrer, por exemplo, que este compareça para assinar, mas a própria administração pública impeça-o, em virtude de algum fato obstativo. Como ensina Marçal JUSTEN FILHO, “será o caso de excluir o licitante do certame e promover nova classificação, anulando a anterior”.⁴⁷⁹ Nessa hipótese, não haverá propriamente uma recusa do adjudicatário, sendo atípica sua conduta.

Suponha-se a constatação superveniente à adjudicação de uma situação de irregularidade fiscal do adjudicatário. O art. 55, XIII, preceitua que o contratante tem “a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação”. Logo, o contrato não poderá ser celebrado, mas não pela recusa do adjudicatário e sim por um impedimento legal, razão pela qual o art. 81 não terá incidência. É claro que se tal impedimento decorreu de alguma postura inidônea do licitante, este poderá eventualmente incidir em outros tipos, mas não nesse.

⁴⁷⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11ª. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 534.

Se, porém, o adjudicatário não comparecer para assinar o contrato no prazo ou, comparecendo, negar-se a assiná-lo, restará caracterizada a recusa. No primeiro caso a recusa será implícita e, no segundo, expressa.⁴⁸⁰ O passo seguinte será avaliar se houve ou não uma justificativa, ou melhor, uma “causa justa”⁴⁸¹, na expressão de Cezar Roberto BITENCOURT, para a recusa.

Suponha-se que um consórcio vença a licitação. O art. 33, §2º, da Lei 8.666/93, dispõe que “o licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo”. Caso, a despeito de toda diligência aplicada, o licitante vencedor não consiga constituir e registrar o consórcio na respectiva Junta Comercial por circunstâncias imputáveis à Junta, restará justificado não apenas eventual pedido de prorrogação de prazo como também a recusa a assinatura do contrato à míngua de um documento essencial.

Jessé Torres PEREIRA JUNIOR menciona outras hipóteses em que a recusa será justificada.⁴⁸² Duas merecem destaque. Primeiro, quando houver “a supressão, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras, acarretando modificação do valor inicial do contrato além do limite permitido no §1º do art. 65 desta Lei” (Lei 8.666/93, art. 78, XIII). Segundo, quando ocorrer “caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato” (Lei 8.666/93, art. 78, XIII). Se tais motivos autorizam, inclusive, a rescisão do contrato já assinado, é natural que justifiquem sua não assinatura.

A recusa injustificada geralmente deriva da impossibilidade de executar a proposta. O adjudicatário estima mal os seus custos e, na iminência da assinatura, percebe que a execução do contrato lhe trará prejuízos. Esse problema tem especial incidência em licitações na modalidade pregão e em qualquer outra em que haja disputa em lances. Na ânsia de vencer a fase de lances, o proponente reduz seu preço além de sua capacidade, violando o dever de “avaliar como muita precisão o montante necessário à execução satisfatória do contrato”.⁴⁸³

O bem jurídico tutelado pela norma é a seriedade do certame, bem como as

⁴⁸⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11ª. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 609.

⁴⁸¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Direito Penal das Licitações**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 370.

⁴⁸² PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública**. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 826.

⁴⁸³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão (Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico)**. 5ª. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 189.

necessidades públicas a serem satisfeitas com a contratação. A administração pública investe dinheiro e o tempo de seus servidores na realização de uma licitação. Os licitantes também. Por isso, quem ingressa em uma licitação deve fazê-lo com o firme propósito de contratar, sob pena de se sujeitar à sanção legal correspondente a ser especificada no edital.

A infração ao art. 81 da Lei 8.666/93 pode ser cometida tanto por ação (recusa expressa) quanto por omissão (recusa implícita), nas modalidades dolosa ou culposa.

2.5.2 Atraso injustificado na execução do contrato

O art. 86 da Lei 8.666/93 dispõe que “o atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato”. Todavia, como o próprio tipo prevê, nem todo atraso ensejará a aplicação de multa, mas somente aqueles que não forem justificados. A probabilidade de que ocorram atrasos está diretamente relacionada à envergadura da obra ou serviço a ser executado. Isso não significa que os atrasos devam ser aceitos como normais. Apenas se quer ressaltar, na esteira do pensamento de Marçal JUSTEN FILHO, “a impossibilidade de fixação de um cronograma definitivo e imutável para as obras, serviços e investimentos relacionados com empreendimentos de grande complexidade”.⁴⁸⁴ As condições climáticas, a precária infraestrutura do país e problemas com mão-de-obra e fornecedores podem justificar atrasos na execução dos prazos, cabendo à Administração avaliar, em cada caso, se é devida a aplicação de penalidade ou se, por outro lado, faz-se necessária a prorrogação dos prazos de início, de conclusão ou de entrega de partes ou de toda a obra e serviço, tal como autoriza o art. 57, §1º, da Lei 8.666/93.

Nesse sentido, questão interessante é saber se os atrasos a que se refere o art. 86 dizem respeito apenas à conclusão da obra ou se a demora na conclusão de etapas também enseja a aplicação de multa de mora. A resposta depende essencialmente do que estiver disciplinado no contrato, mas se entende que é possível fixar multa para o atraso no cronograma. A administração não precisa aguardar o extrapolamento do prazo de entrega da obra ou serviço para, só então, punir o contratado relapso. A

⁴⁸⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de Serviços Públicos e as Multas por Inadimplemento do Concessionário**. Informativo de Licitações e Contratos (ILC) nº 100, Curitiba, Zênite, Junho – 2002, p. 506.

função da sanção é justamente prevenir a lesão ao bem jurídico, de modo que a multa pode ser aplicada durante a execução do contrato até mesmo como forma de impelir o contratado a observar o prazo de entrega.

Se, porém, a administração não exercer seu poder punitivo oportunamente e, a despeito de atrasos em algumas etapas, o contratado concluir a obra ou serviço na data aprazada, entende-se que este não poderá ser posteriormente punido pela inobservância do cronograma. Além de não ter nenhum efeito a aplicação de uma multa nessas circunstâncias, o que contraria o princípio da proporcionalidade das sanções, a observância do prazo final evidenciará a inexistência de ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma e, conseqüentemente, a atipicidade da conduta.

Com efeito, os bens jurídicos tutelados pela norma são a seriedade da contratação, bem como as necessidades públicas a serem satisfeitas por ela, os quais restarão preservados com a entrega do objeto do contrato na data aprazada apesar de eventuais desvios no percurso. O objetivo da norma é alcançar os contratados procrastinadores, que não dispensam a devida atenção e dedicação aos compromissos assumidos com a administração pública. Por isso, a infração ao art. 86 da Lei 8.666/93 pode ser cometida tanto por ação quanto por omissão, nas modalidades dolosa ou culposa.

2.5.3 Inexecução total ou parcial

O art. 87 da Lei 8.666/93 preceitua genericamente que “pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções”. Esse preceito não descreve a conduta proibida com densidade suficiente para atender o princípio da tipicidade. Assim, como já se antecipou, caberá ao edital e ao contrato detalharem as condutas proibidas e relacioná-las a uma sanção específica, consoante os *standards* verificáveis na legislação.

O art. 87 não permite inferir que espécies de condutas ensejarão as graves sanções de suspensão do direito de licitar e a declaração de inidoneidade. Não obstante, o art. 88 reserva tais sanções para casos extremamente graves, como a condenação por fraude fiscal. Pode-se, pois, afirmar que as penas de suspensão e de declaração de inidoneidade, esta em especial, destinam-se, no art. 87, àquelas condutas que, além da inexecução contratual, revelem um comportamento desonesto por parte do contratado, geralmente também tipificado como crime.

Ademais, convém desde logo destacar que a inexecução contratual não se confunde com atrasos na execução do contrato, hipótese prevista no art. 86 da Lei 8.666/93. O atraso é configurado pela demora na prestação, que, todavia, se concretiza. Já a inexecução é falta de entrega do objeto pactuado. Nesse sentido, Jessé Torres PEREIRA JUNIOR afirma que

“entre a multa prevista no art. 86 e aquela referida no art. 87 há diferença correlacionada com a distinção que a teoria geral das obrigações formula entre mora e inadimplemento. Existe a primeira quando a obrigação, embora não cumprida, ainda pode vir a sê-lo proveitosamente para o credor; consuma-se o segundo quando a obrigação não for cumprida, nem poderá mais vir a sê-lo com proveito para o credor, tornando-se definitivo o descumprimento”.⁴⁸⁵

O bem jurídico tutelado pelo art. 87, tal como afirmou Cezar Roberto BITENCOURT em relação ao art. 92 da mesma lei, é a “respeitabilidade, probidade e moralidade das contratações públicas”⁴⁸⁶, bem como as necessidades coletivas a serem satisfeitas por elas. A infração ao art. 87 da Lei 8.666/93 pode ser cometida tanto por ação, que se configura quando o contratado executa algo diferente daquilo que foi avençado, quanto por omissão, nas modalidades dolosa ou culposa.

Segundo Hely Lopes MEIRELLES, “a *inexecução* ou *inadimplência culposa* é a que resulta de ato ou omissão de qualquer das partes decorrente de sua negligência, imprudência, imprevidência ou imperícia no atendimento das cláusulas do contrato”.⁴⁸⁷ Todavia, o mestre destaca que podem ter ocorrido “*causas justificadoras*” dessa inexecução – ou excludentes de antijuridicidade, consoante a nomenclatura adotada no presente trabalho – “que liberem o contratante de qualquer responsabilidade assumida”⁴⁸⁸:

“E assim é porque as partes só respondem pelos encargos contratuais previstos ou previsíveis para condições normais de execução do ajuste, levando-se em consideração as áleas comuns do contrato e os riscos próprios do empreendimento. Quando sobrevêm eventos extraordinários, imprevistos e imprevisíveis, onerosos, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, a parte

⁴⁸⁵ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública**. 7^a. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 851.

⁴⁸⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Direito Penal das Licitações**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 230.

⁴⁸⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 12^a. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 220.

⁴⁸⁸ Ibid., p. 220.

atingida fica liberada dos encargos originários e o contrato há que ser revisto ou rescindido”.⁴⁸⁹

Caberá, pois, diante das peculiaridades do caso concreto, analisar se a inexecução contratual se deveu a uma ação típica, antijurídica e culpável do contratante para, então, impor-lhe a sanção cabível.

2.5.4. Fraude fiscal

O art. 88 da Lei 8.666/93 preceitua:

“Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:

I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos”.

Fraude, segundo Cezar Roberto BITENCOURT, “é todo e qualquer *meio enganoso*, que tem a finalidade de *ludibriar*, de alterar a verdade de fatos ou a natureza das coisas”.⁴⁹⁰ Assim, a fraude fiscal a que se refere o art. 88, I, consiste na alteração da verdade dos fatos ou da natureza das coisas no recolhimento de quaisquer tributos.

Para Marçal JUSTEN FILHO, “deve reputar-se que o inc. I vincula o sancionamento à condenação (na esfera própria) do particular por crime contra a ordem tributária”.⁴⁹¹ Nesse sentido, a Lei 8.137/90, que “define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo”, estabelece que:

“Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: (...);

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal

(...)

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou

⁴⁸⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 12ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 220.

⁴⁹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Direito Penal das Licitações**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 323.

⁴⁹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11ª. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 626.

fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;”.

Portanto, a aplicação das sanções previstas nos incisos III e IV do art. 87, com fundamento no art. 88, depende de prévia condenação criminal transitada em julgado, sendo insuficiente uma condenação em sede administrativa. Esse também é o pensamento de Eduardo Rocha DIAS.⁴⁹² Jessé Torres PEREIRA JUNIOR diverge, afirmando que basta uma decisão judicial, não necessariamente de um juízo penal, ou uma decisão administrativa não mais sujeita à impugnação judicial:

“só se concebe ato de jurisdição judicial, isto é, condenação proferida por órgão judicial com a força preclusiva da coisa julgada, que é exclusiva das decisões judiciais, o que afasta decisões administrativas, por mais qualificadas que sejam, como aquelas de Chefes de Poder ou de Cortes de Contas, a menos que estas se hajam tomado definitivas pela prescrição do direito de provocar a tutela jurisdicional”.⁴⁹³

Ocorre que não se cogita da possibilidade de haver uma ação cível em que haja condenação por fraude fiscal. E, em relação às condenações administrativas, não faria sentido aguardar o decurso do prazo prescricional, que é de 5 (cinco) anos nos termos do Decreto 20.910/32, para só então considerá-las definitivas e, aí sim, utilizá-las como fundamento para a aplicação das sanções do art. 87, III e IV, da Lei 8.666/93. O atributo da definitividade não é inerente às condenações administrativas, pois estas não fazem coisa julgada. Entende-se, pois, que ao referir-se a “condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos” o art. 88, I, alude a prévia condenação criminal, transitada em julgado, pelos crimes previstos no art. 1º, I e 2º, II, da Lei 8.137/90. É necessário, ainda, que esta condenação tenha relação direta com um contrato administrativo, pois o art. 88, *caput*, exige que a fraude tenha sido cometida “em razão dos contratos regidos por esta Lei”.

O raciocínio acima exposto aplica-se aos profissionais a que alude o *caput* do art. 88. Isso porque é pacífico no direito brasileiro a incapacidade penal das pessoas jurídicas, como visto alhures. Destarte, a condenação a que se refere o art. 88, I, da

⁴⁹² DIAS, Eduardo Rocha. **Sanções Administrativas aplicáveis a Licitantes e Contratados**. São Paulo: Dialética, 1997. p. 80.

⁴⁹³ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 891.

Lei 8.666/93 deverá ser imposta aos gestores da empresa contratada pela administração pública responsáveis pela conduta, sendo ainda necessário que a fraude fiscal tenha sido praticada em benefício desta e em razão de um contrato administrativo, para que, então, justifique-se a imposição de uma das sanções do art. 87, III e IV, sobre a pessoa jurídica, após o regular processo administrativo.

O bem jurídico tutelado pela norma é a respeitabilidade e a probidade nas contratações públicas, bem como a proteção da “política socioeconômica do Estado, como receita estatal, para obtenção dos recursos necessários à realização de suas atividades”⁴⁹⁴, consoante o magistério de Luiz Regis PRADO. A infração ao art. 88, I, da Lei 8.666/93 pode ser cometida por ação ou omissão, mas, por expressa previsão legal, apenas na modalidade dolosa.

2.5.6 Prática de atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação

O art. 88, II, da Lei 8.666/93 também sujeita às sanções do art. 87, III e IV, os que “tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação”. Marçal JUSTEN FILHO afirma, com razão, que “a formula consagrada no inc. II também é insuficiente e inadequada”⁴⁹⁵, diante da dificuldade de identificar quais ilícitos seriam alcançados pelo tipo. Por essa razão, Toshio MUKAI afirma que esse inciso e o seguinte “não são aplicáveis, dependentes que são de regulamentação”⁴⁹⁶, regulamentação essa que, ao nosso ver, deveria constar no edital e no contrato.

Acontece que “na prática, com amparo na jurisprudência e nas decisões dos tribunais de contas” - anota Joel de Menezes NIEBUHR ao comentar o art. 87 da Lei 8.666/93 – “tais dispositivos são aplicados de maneira desinibida, sem maiores objeções”.⁴⁹⁷ Parece-nos acertada a posição de Celso Antônio Bandeira de MELLO⁴⁹⁸ e Joel de Menezes NIEBUHR⁴⁹⁹, que dão ao artigo 88, II, da Lei 8.666/93

⁴⁹⁴ PRADO, Luis Regis. **Direito Penal Econômico**. 2^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 309.

⁴⁹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11^a. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 626.

⁴⁹⁶ MUKAI, Toshio. **Licitações e Contratos Administrativos**. 7^a ed. Saraiva: São Paulo, 2006. p. 200.

⁴⁹⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 2^a. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 974.

⁴⁹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 17^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 529.

⁴⁹⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 2^a. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 973. Em sentido semelhante, confira-se: MUKAI, Toshio. **Licitações e Contratos Administrativos**. 7^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 130/131.

interpretação conforme a Constituição⁵⁰⁰, para considerar que os “atos ilícitos” nele referidos seriam aqueles tipificados como crime na seção III da própria Lei 8.666/93 ou em outros diplomas normativos que, acrescentamos nós, visem “frustrar os objetivos da licitação”.

Marçal JUSTEN FILHO manifesta entendimento semelhante:

“Cabe entender que o dispositivo alcança infrações de natureza dolosa, caracterizadas pela orientação à frustração das finalidades essenciais da licitação. Então, a mera formulação de oferta de valor excessivo é insuficiente para autorizar a imposição das sanções sob exame. É indispensável que o sujeito atue de modo ardiloso, com a intenção de impedir a operação dos mecanismos de competição e de tutela da vantajosidade. Isso se passa quando o sujeito se vale dolosamente de documentos falsos, viola o sigilo do certame, busca realizar ou realiza concerto com outros licitantes e assim por diante”.⁵⁰¹

O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de se manifestar a respeito, mantendo a declaração de inidoneidade de empresa que apresentou atestados de capacidade técnica falsos em licitação na modalidade tomada de preços. A sanção foi fundamentada nos artigos 88, II, c/c art. 87, IV, Lei 8.666/93.⁵⁰² O Tribunal rejeitou a alegação de que a licitante não poderia ser considerada inidônea, pois apenas teria participado de licitação e o contrato não chegou a ser celebrado. Segundo o STJ, o art. 88, *caput* e II, equipara à condição de contratado aquele que, em razão dos contratos disciplinados pela Lei 8.666/93, pratica atos ilícitos visando frustrar os objetivos da licitação.

Todavia, discorda-se da afirmação, *obiter dictum*, do Ministro relator, segundo a qual “todo aquele que se submete à administração, mesmo que de forma indireta – como por exemplo aquele que fornece uma certidão a um particular que vai apresentá-la a um órgão público – está sujeito às sanções administrativas decorrentes da

⁵⁰⁰ Conforme o magistério de Luís Roberto BARROSO, o princípio da interpretação conforme a constituição pode ser decomposto nos seguintes elementos, entre outros: 1) “Trata-se da escolha de uma interpretação da norma legal que a mantenha em harmonia com a Constituição, em meio a outra ou outras possibilidades interpretativas que o preceito admita”; 2) “Além da eleição de uma linha de interpretação, procede-se à exclusão expressa de outra ou outras interpretações possíveis, que conduziriam a resultado contrastante com a Constituição” (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 189).

⁵⁰¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11ª. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 626.

⁵⁰² STJ, 1ª Turma, ROMS 15.999/BA, rel. Min. Francisco Falcão, DJ. 05/04/2004.

falsidade das alegações feitas”.⁵⁰³ Aquele que emite um atestado falso poderá e deverá responder por isso nas esferas cível e criminal. Mas se não o fez na condição de licitante, não estará sujeito às sanções da Lei 8.666/93.

Situação diversa é aquela retratada por Renato Geraldo MENDES em suas anotações à Lei de Licitações.⁵⁰⁴ O autor refere precedente do Tribunal de Justiça do Paraná em que se analisava a validade da sanção de suspensão do direito de licitar por dois anos, imposta a empresa que utilizou certidão municipal falsa para instruir pedido de registro cadastral. De acordo com o entendimento do Tribunal essa conduta não justificaria a imposição das sanções da Lei 8.666/93, as quais exigiriam que o particular estivesse vinculado à administração pública mediante “contrato administrativo anterior, contemporâneo ou posterior”.⁵⁰⁵ “A sanção, em assim sendo, só poderia ter sido aplicada se houvesse processo licitatório em andamento, com previsão de futuro contrato administrativo”.⁵⁰⁶ Confira-se:

“MANDADO DE SEGURANÇA - CADASTRO DE LICITANTES - ADULTERAÇÃO DE DOCUMENTO - APLICAÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 87, III, C/C. ART. 88, II, DA LEI 8.666/93 - SANCIONAMENTO QUE EXIGE VÍNCULO COM UM CONTRATO ADMINISTRATIVO ANTERIOR, CONTEMPORÂNEO OU POSTERIOR - SEGURANÇA CONCEDIDA. ‘Para aplicação das sanções previstas no art. 87, III, por conduta prescrita no art. 88, II, da Lei 8.666/93, mister que o ato ilícito praticado esteja vinculado à existência de um contrato administrativo, anterior, contemporâneo ou posterior a ser firmado, pois, pela norma, tal ato deve ter sido realizado visando frustrar os objetivos da licitação’”.⁵⁰⁷

Os registros cadastrais estão expressamente previstos no art. 34 e seguintes da Lei 8.666/93. Sua finalidade, consoante o magistério de Carlos Ari SUNDFELD, é “desburocratizar e agilizar as licitações”⁵⁰⁸, pois evita que os documentos de habilitação devam ser apresentados e analisados a cada certame. Portanto, há uma indissociável ligação entre o registro cadastral, a licitação e o contrato administrativo. Quem solicita o registro cadastral o faz em razão dos contratos regidos pela Lei

⁵⁰³ STJ, 1ª Turma, ROMS 15.999/BA, rel. Min. Francisco Falcão, DJ. 05/04/2004.

⁵⁰⁴ MENDES, Renato Geraldo. **Lei de Licitações e Contratos Anotada: Notas e Comentários à Lei nº 8.666/93**. 8ª ed. Curitiba: Zênite Editora, 2011. p. 998.

⁵⁰⁵ TJPR, II Grupo de Câmaras Cíveis, MS 45.515-8, rel. Des. Airvaldo Stela Alves, j. 09/05/1996.

⁵⁰⁶ TJPR, II Grupo de Câmaras Cíveis, MS 45.515-8, rel. Des. Airvaldo Stela Alves, j. 09/05/1996.

⁵⁰⁷ TJPR, II Grupo de Câmaras Cíveis, MS 45.515-8, rel. Des. Airvaldo Stela Alves, j. 09/05/1996.

⁵⁰⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 132.

8.666/93, motivo pelo qual um ato ilícito praticado nessas circunstâncias sujeita o particular às sanções do art. 87.

Tanto é assim que, como recorda SUNDFELD, “a lei pune severamente os agentes administrativos que exerçam de modo desviado seus poderes relativamente aos registros cadastrais”.⁵⁰⁹ Com efeito, o art. 98 da Lei 8.666/93 tipifica como crime “obstar, impedir ou dificultar, injustamente, a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, suspensão ou cancelamento de registro do inscrito”. Portanto, não tem razão Vera Lúcia Machado D’AVILA quando afirma que “fora da hipótese prevista no art. 81, não estão os licitantes sujeitos a qualquer sanção administrativa no curso do procedimento licitatório”.⁵¹⁰

O bem jurídico tutelado pela norma é a respeitabilidade e a probidade nas contratações públicas. A infração ao art. 88, II, da Lei 8.666/93 pode ser cometida por ação ou omissão, mas apenas na modalidade dolosa, acrescida do elemento subjetivo especial que é o de visar à frustração dos objetivos da licitação.

2.5.7 Demonstrar não possuir idoneidade para contratar com a administração

Por derradeiro, o art. 88, III, da Lei 8.666/93 sujeita às sanções do art. 87, III e IV, os que “demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados”. Aplica-se aqui grande parte dos argumentos expostos a respeito do inciso II.

Possivelmente graças à abertura do tipo, o art. 88, III, é mais frequentemente utilizado para a imposição da sanção de inidoneidade. Portanto, a primeira cautela que se há de ter é não transformar esse inciso naquilo que Egon Bockmann MOREIRA, adotando uma expressão de Gaston Jéze, qualificou como “fórmula-gazua”: “uma fórmula de estilo, sem significações exatas, que permite ao administrador público abrir as portas que lhe convier”.⁵¹¹

Uma das diversas definições da palavra *idôneo* é: “que tem qualidades para desempenhar determinada atividade ou ocupar certo cargo ou de quem se pode supor

⁵⁰⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 132.

⁵¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella *et al.* **Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos**. 5ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 340.

⁵¹¹ MOREIRA, Egon Bockmann. **Desenvolvimento Econômico, Políticas Públicas e Pessoas Privadas (Passado, presente e futuro de uma perene transformação)**. Revista da faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, Sistema Eletrônicos de Revistas, n. 46, 2007, p. 90.

honestidade”.⁵¹² *Contrario sensu*, inidôneo é quem não tem qualidades ou honestidade suficiente para, no presente contexto, prestar serviços para a administração pública.

A inidoneidade deve decorrer, como prevê o tipo, de ilícitos praticados. Não qualquer ilícito, mas somente aqueles tipificados como crime na seção III da própria Lei 8.666/93 ou em outros diplomas normativos reveladores daquela condição. Com efeito, não nos parece razoável declarar inidôneo um profissional condenado pela difamação⁵¹³ do seu vizinho. Por mais censurável que seja essa atitude, dificilmente ela interferirá na execução do contrato público. Prova disso é que apenas em certas situações a condenação criminal ensejará a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo.⁵¹⁴

Por outro lado, correta foi a decisão do Tribunal de Contas da União ao declarar inidônea pelo prazo de 1 (um) ano, com fundamento no art. 88, III, da Lei 8.666/93, empresa que, dolosamente, declarou-se como Empresa de Pequeno Porte (EPP), para fazer uso indevido do tratamento diferenciado e favorecido dispensado a elas em licitações, por força da Lei Complementar 123/2006:

“REPRESENTAÇÃO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO DIREITO DE PREFERÊNCIA DE CONTRATAÇÃO PARA MICROEMPRESA OU EMPRESA DE PEQUENO PORTE. OBJETIVA. REJEIÇÃO DAS JUSTIFICATIVAS. FRAUDE NA LICITAÇÃO. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR E CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL”.⁵¹⁵

Esta conduta também está tipificada como crime no art. 90 da Lei 8.666/93:

“Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento

⁵¹² HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 1567.

⁵¹³ Dispõe o Código Penal: “Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa”.

⁵¹⁴ Dispõe o Código Penal: “Art. 92 - São também efeitos da condenação:

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.

(...)

Parágrafo único - Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença”.

⁵¹⁵ TCU, Plenário, Processo 011.672/2011-0, Acórdão 1173/2012, rel. Min. José Mucio Monteiro, j. 16/05/2012.

licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Observe-se que é irrelevante o fato da conduta ter sido praticada durante a licitação e, portanto, antes da celebração do contrato. Foi o que decidiu o Superior Tribunal de Justiça em Aresto cuja fundamentação justifica a longa transcrição:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. (...). LICITAÇÃO. PENA DE INIDONEIDADE. SANÇÃO APLICADA À EMPRESA ANTES DA CELEBRAÇÃO DO CONTRATO.

(...)

2. Os ora recorrentes alegam contrariedade aos arts. 87, IV, e 88, da Lei nº 8.666/93, visto que a pena de declaração de inidoneidade para licitar seria prevista apenas para os que tenham vínculo contratual com a Administração, e não para os licitantes que participam ou participaram de licitações, mas não for a contratados.

3. Da expressão "em razão dos contratos regidos por esta Lei" constante do art. 88, caput, da Lei nº 8.666/93 não se infere que a aplicação das sanções encontra-se restrita aos concorrentes que lograram sucesso na licitação e efetivamente celebraram o contrato administrativo, mas, ao contrário, engloba toda e qualquer empresa que tenha agido de forma ilegítima com o escopo de tornar-se vencedora de certame que, em última análise, culminaria em um contrato submetido à referida lei.

4. A adoção do posicionamento propugnado pelos ora recorrentes ocasionaria situações à beira do absurdo, destituídas de qualquer rastro de lógica e em completo descompasso com o princípio da moralidade.

5. A Administração Pública ver-se-ia tolhida de seu poder-dever de sancionar concorrente de licitação cujos expedientes ilícitos foram descobertos antes da contratação; isto é, a eficiência do Poder Público em averiguar fraudes nos certames acabaria por gerar uma conjuntura na qual nenhuma punição seria imposta, autorizando-se que licitantes sabidamente desonestos pudessem participar indefinidamente de inúmeros certames sem que lhes fosse aplicada qualquer sanção tão somente porque não chegaram a ser contratados.

6. É inconcebível a tese de que a Lei nº 8.666/93 reservaria punições somente aos licitantes contratados e toleraria fraudes e atos ilícitos promovidos por participantes que não se sagraram vencedores do certame, ainda que tenham dolosamente empreendido artifícios que, se não frustraram a competição por completo, atentaram de forma extremamente reprovável contra a Administração Pública e, em última análise, contra o interesse público da coletividade.

7. Recurso especial não provido”.⁵¹⁶

⁵¹⁶ STJ, 2ª. Turma, REsp 1192775/SP, rel. Min. Castro Meira, DJ. 01/12/2010.

O bem jurídico tutelado pela norma é a respeitabilidade e a probidade nas contratações públicas. A infração ao art. 88, III, da Lei 8.666/93 pode ser cometida por ação ou omissão, mas apenas na modalidade dolosa, pois, evidentemente, não se é inidôneo por negligência e sim por má-intenção.

2.6 OS TIPOS INFRACIONAIS NAS LEIS DO PREGÃO E DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO (RDC)

Como já se antecipou, o art. 7º da Lei 10.520/2002, que instituiu o pregão, concentrou em um só artigo todas as infrações referidas na Lei 8.666/93:

“Art. 7º. Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais”.

Técnica semelhante foi adotada pela Lei 12.462/2011, que instituiu Regime Diferenciado de Contratação (RDC):

Art. 47. Ficarão impedidos de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas no instrumento convocatório e no contrato, bem como das demais cominações legais, o licitante que:

- I - convocado dentro do prazo de validade da sua proposta não celebrar o contrato, inclusive nas hipóteses previstas no parágrafo único do art. 40 e no art. 41 desta Lei;
- II - deixar de entregar a documentação exigida para o certame ou apresentar documento falso;
- III - ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado;
- IV - não mantiver a proposta, salvo se em decorrência de fato superveniente, devidamente justificado;
- V - fraudar a licitação ou praticar atos fraudulentos na execução do contrato;
- VI - comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal; ou
- VII - der causa à inexecução total ou parcial do contrato”.

A diferença mais marcante é que a lei do pregão, diversamente da Lei 8.666/93 e do RDC, não relaciona nos tipos infracionais as expressões “injustificadamente” e “motivo justificado”. O principal reflexo disso é que havendo um motivo justificado para, por exemplo, não assinar o contrato, no sistema da Lei 8.666/93 e do RDC a conduta será atípica. Já no sistema do pregão a conduta será típica, porque, afinal, a proposta não foi mantida, mas não será antijurídica, diante da presença de uma causa de justificação. De resto, as condutas tipificadas na lei do pregão e do RDC são as mesmas descritas na Lei 8.666/93, razão pela qual, por brevidade, reporta-se ao que já foi exposto.

CAPÍTULO III – AS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS EM LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

O professor Miguel REALE conceitua sanção como “todo e qualquer processo de garantia daquilo que se determina em uma regra”.⁵¹⁷ Sanções morais tem a finalidade de garantir o cumprimento de regras morais. O indivíduo que não se comporta adequadamente em uma festa poderá ser moralmente sancionado não sendo convidado para a próxima. Trata-se de uma “autodefesa da sociedade”.⁵¹⁸ Já a sanção jurídica caracteriza-se por sua “predeterminação e organização”.⁵¹⁹ O Estado cria não apenas a norma que prevê a sanção, mas também a estrutura encarregada de aplicá-la.

Tradicionalmente a sanção está relacionada à ideia de intimidação e de coerção. Tratam-se das “*sanções penais*”⁵²⁰, segundo Miguel REALE, ou, como prefere Tércio Sampaio FERRAZ JUNIOR, “sanção-castigo”.⁵²¹ Todavia, as sanções podem incentivar o cumprimento das normas jurídicas mediante o oferecimento de vantagens àqueles que aderirem espontaneamente ao comportamento desejado. Tais sanções são ditas “*premiais*”.⁵²²

O objeto do presente capítulo são as sanções-castigo. O art. 5º., XLVI, da Constituição Federal preceitua que “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos”. Embora a utilização da expressão “pena” evidencie “sua inspiração na teoria do direito penal”⁵²³, o dispositivo não se aplica exclusivamente às sanções de natureza criminal, alcançando também outras espécies de sanções-castigo, como é o caso das sanções administrativas.

Tanto é assim que, com fundamento no art. 5º., XLVI, “e” e na alínea “b” do inciso subsequente, também relativo às “penas” (“XLVII – não haverá penas: (...); b)

⁵¹⁷ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 72.

⁵¹⁸ Ibid., p. 73.

⁵¹⁹ Ibid., p. 74.

⁵²⁰ Ibid., p. 76.

⁵²¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 3ª. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 118.

⁵²² Ibid., p. 118.

⁵²³ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 80.

de caráter perpétuo”), o Supremo Tribunal Federal manteve a anulação da pena de inabilitação permanente “para o exercício de cargos de direção na administração ou gerência em instituições financeiras” (Lei 4.595/64, art. 44, IV) imposta administrativamente.⁵²⁴ Na ocasião, o Ministro Sepúlveda PERTENCE afirmou que “a vedação constitucional de determinadas sanções – entre elas, a de caráter perpétuo – não pode restringir-se a sanções penais aplicadas jurisdicionalmente mas, com mais razão, há de aplicar-se às penas administrativas, na medida que essas sejam admissíveis no regime constitucional”.⁵²⁵

Aliás, em seu curto porém substancial voto, o Ministro Sepúlveda PERTENCE delineou as duas principais notas que distinguem as sanções criminais e as penas administrativas: a) a autoridade que as aplica; b) sua admissibilidade no regime constitucional.

Esclareça-se, desde logo, que, a exemplo do Ministro PERTENCE e da Lei 8.666/93, as expressões sanção e pena não serão utilizadas no presente trabalho com um sentido próprio podendo designar tanto o castigo criminal quanto o castigo administrativo. Com efeito, ora a Lei 8.666/93 trata das “sanções administrativas” (Seção II), ora dos “crimes e das penas” (Seção III), ora das “sanções penais” (art. 78, XVIII e 83), ora das “penas de advertência, suspensão temporária ou de multa” (art. 109, I, “f”).

1.1 AS CARACTERÍSTICAS DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA

Estabeleceu-se, acima, a premissa de que não há distinção substancial entre o ilícito penal e o ilícito administrativo. Não obstante a profundidade e a importância prática das teorizações elaboradas pelas correntes qualitativas e quantitativas, prevalece o critério formal, assim enunciado por Celso Antônio Bandeira de MELLO: “reconhece-se a natureza administrativa de uma infração pela natureza da sanção que lhe corresponde, e se reconhece a natureza da sanção pela autoridade competente para impô-la”.⁵²⁶

Portanto, o que distingue uma sanção penal de uma sanção administrativa é, primeiramente, a autoridade que as aplica. A sanção penal é aplicada

⁵²⁴ STF, 1ª Turma, RE 154134/SP, rel. Min. Sydney Sanches, DJ. 29/10/1999.

⁵²⁵ STF, 1ª Turma, RE 154134/SP, rel. Min. Sydney Sanches, DJ. 29/10/1999.

⁵²⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 743.

“jurisdicionalmente”⁵²⁷, como frisou Sepúlveda PERTENCE. Ou seja, é aplicada por um Juiz no exercício da função jurisdicional, sua atividade típica. Já a sanção administrativa é imposta por uma autoridade no exercício da função administrativa, ainda que essa autoridade seja um magistrado ou um parlamentar.⁵²⁸

A segunda nota distintiva são os limites impostos pelo texto constitucional. Todas as penas relacionadas no art. 5º, XLVI, podem ser aplicadas como sanção penal. Nem todas, porém, são passíveis de adoção como sanções administrativas. O art. 5º, LXI, preceitua que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. Ou seja, salvo nas infrações militares, apenas uma autoridade judiciária pode privar ou restringir a liberdade de alguém.⁵²⁹

Além de ser imposta por autoridade no exercício de função administrativa e de não poder atuar sobre a liberdade das pessoas, as sanções administrativas também se caracterizam como “um mal inflingido pela Administração a um administrado como consequências de uma conduta ilegal”⁵³⁰, conforme o clássico conceito elaborado por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA e Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. Todavia, ao invés do termo “mal”, preferir-se-á a expressão “privação compulsória de um bem”⁵³¹, utilizada por Hans KELSEN. A privação de um direito, no caso do impedimento de contratar (Lei 8.666/93, art. 87, III). A privação da propriedade, no caso da pena de multa (Lei 8.666/93, art. 87, II). Assim, pode-se conceituar sanção administrativa como a privação compulsória de um bem imposta pela administração pública como consequência de uma infração administrativa.

Essa definição permite distinguir as sanções de outras medidas administrativas prejudiciais às pessoas, mas que não são propriamente uma pena. Como afirma Manoel REBOLLO PUIG, “não será sanção a negação de um direito que realmente não se tinha nem a imposição de um dever que já existia”⁵³²:

⁵²⁷ STF, 1ª Turma, RE 154134/SP, rel. Min. Sydney Sanches, DJ. 29/10/1999.

⁵²⁸ VITTA, Heraldo Garcia. **A Sanção no Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 66.

⁵²⁹ Nesse sentido: MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 73.

⁵³⁰ Nesse sentido: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo, vol. II**. 9ª ed. Madrid: Civitas, 2004. p. 163.

⁵³¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 122.

⁵³² REBOLLO PUIG, Manuel. **El Derecho Administrativo Sancionador**. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.). *Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito*

“Na mesma linha não deveria prever-se como sanção aquela medida que impõe a um administrado a conduta correta, que simplesmente obriga a indenizar o dano causado ou a repor a realidade física alterada”.⁵³³

O ato administrativo que indefira um pedido de alvará, determine a demolição de uma obra realizada em local proibido ou cobre a reparação de um prejuízo⁵³⁴ não se enquadra no conceito de sanção. Com efeito, não é um mal tampouco constitui a privação de um bem negar um alvará a quem não tinha direito. Ou demolir uma obra que não poderia ter sido realizada. Não há privação pela simples razão de que o bem não existia ou, ao menos, não deveria existir validamente. A diferença é tênue, mas as consequências são marcantes.

Um exemplo concebido por Marcelo Madureira PRATES ilustra a questão. Suponha-se “a *sanção administrativa* que retira a carta de condução de determinado particular por ele ter cometido uma infração de trânsito de elevada gravidade”.⁵³⁵ O particular estará impedido de dirigir. “Porém, se essa retirada for motivada por a carta de condução ter sido emitida por autoridade administrativa incompetente, já não estaremos perante uma sanção administrativa, mas sim diante de uma *medida administrativa de invalidação*”.⁵³⁶ O particular também estará impedido de dirigir.

Embora aparentemente o efeito prático seja o mesmo (na segunda hipótese, o particular, que jamais teve uma carteira válida, poderá renovar o pedido), na realidade as causas e as consequências são diversas, o que conduz a um regime jurídico também diverso. É o que afirma Manoel REBOLLO PUIG:

“todo regime especialmente garantista a que se alude ao falar de

Administrativo: Obra em Homenagem a Eduardo García de Enterría. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 294. Tradução nossa.

⁵³³ REBOLLO PUIG, Manuel. **El Derecho Administrativo Sancionador**. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.). Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo: Obra em Homenagem a Eduardo García de Enterría. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 295. Tradução nossa.

⁵³⁴ Se não houver consenso, a reparação deve ser buscada pela administração pública por meio de ação judicial, conforme decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “É assente a compreensão de que a obrigação de reparar o dano causado à Administração pelo servidor exige a comprovação de o agente público ter agido com dolo ou culpa, por tratar-se de responsabilidade subjetiva. Após essa comprovação, o ressarcimento ao Erário deverá ser buscado pelo ente público mediante ação judicial, não podendo decorrer somente dos princípios da autotutela e autoexecutoriedade”. (STJ, 6ª Turma, RMS 18780/RS, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJ. 11/06/2012.

⁵³⁵ PRATES, Marcelo Madureira. **Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 175.

⁵³⁶ Ibid., p. 175.

Direito Administrativo sancionador só é aplicável àqueles casos em que o que ordenamento prevê ou o que a Administração impõe é verdadeiramente uma sanção”.⁵³⁷

Rafael Munhoz de MELLO aceita a diversidade de regimes.⁵³⁸ Mas, ainda assim, insiste em denominar sanções as medidas cujo escopo é reparar o “dano causado à vítima da infração”.⁵³⁹ Segundo ele,

“a distinção entre o regime jurídico das sanções retributivas e o das sanções ressarcitórias foi expressamente adotada pela Constituição Federal de 1988, que, no inciso XLV do art. 5º., veda a transmissão da sanção retributiva (‘nenhuma pena passará da pessoa do condenado’), mas não a transmissão da sanção ressarcitória (‘podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação de perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas’).”⁵⁴⁰

Entende-se, porém, que essa não é a leitura mais adequada do texto constitucional. Nos termos do art. 5º., XLV, a pena, isto é, a sanção, é intransmissível e não pode passar da pessoa do condenado (princípio da pessoalidade da pena). A obrigação de reparar o dano não é sanção. Antes, é um dos efeitos da condenação, assim definidos por Miguel REALE JÚNIOR como “as consequências da condenação de caráter não penal que logicamente se impõem em razão do reconhecimento da prática delituosa”.⁵⁴¹ Daí admitir-se sua transmissão aos sucessores. O mesmo se diga do perdimento de bens, que não tem finalidade ressarcitória, mas sim a de privar o autor do delito dos instrumentos e do produto do crime, nos termos do art. 91 do Código Penal.⁵⁴²

Compreende-se que se entenda que as medidas ressarcitórias “são também

⁵³⁷ REBOLLO PUIG, Manuel. *El Derecho Administrativo Sancionador*. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.). *Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo: Obra em Homenagem a Eduardo García de Enterría*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 269. Tradução nossa.

⁵³⁸ MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 79.

⁵³⁹ *Ibid.*, p. 79.

⁵⁴⁰ *Ibid.*, p. 79.

⁵⁴¹ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal: Parte Geral*. 3ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 473.

⁵⁴² “Art. 91 - São efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito; b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso”.

sanções jurídicas impostas pela Administração Pública, no exercício de função administrativa, em face da ocorrência de um ilícito”.⁵⁴³ Contudo, o que se questiona, primeiramente, é o porquê de se denominar sanção uma medida que não se submete às mesmas exigências (pessoalidade, culpabilidade etc). O segundo questionamento diz respeito à ausência do “mal” ou, como diria Kelsen, “privação compulsória de um bem”.⁵⁴⁴ Devolver aquilo que se tirou não é um mal. Conforme a lúcida observação de Miguel REALE JÚNIOR, “há o dado positivo de se satisfazer a vítima”, “mas, de outro, retira-se o caráter de reprovação, referido à culpabilidade, perdendo-se também o cunho educativo da sanção penal”.⁵⁴⁵ Partilha-se, pois, da opinião de Fábio Medina OSÓRIO, para o qual “as medidas de cunho ressarcitório não se integram no conceito de sanção administrativa, pois não assumem efeito afliitivo ou disciplinar, não ambicionam a repressão, mas sim a reparação do dano”.⁵⁴⁶

Sob outro aspecto, discorda-se de Fábio Medina OSÓRIO no tocante à afirmação de que sanções aplicadas pelo Poder Judiciário, no exercício de função judiciária, também poderiam ser classificadas como sanções administrativas.⁵⁴⁷ O raciocínio dele é que o Direito Administrativo não se resume a um direito processual (adjetivo) que disciplina o exercício da atividade administrativa. Ao contrário, o Direito Administrativo possuiria também uma dimensão material, pois tutelaria “os mais variados bens jurídicos, inclusive no plano judicial, como ocorre em diversas searas, mais acentuadamente no tratamento legal conferido ao problema da improbidade administrativa”.⁵⁴⁸ Assim, diz autor, “a sanção administrativa há de ser conceituada a partir do campo de incidência do Direito Administrativo, formal e material”.⁵⁴⁹ A consequência disso seria a de que “podem as autoridades judiciárias, de igual modo, aplicar essas medidas punitivas, desde que outorgada, por lei, a respectiva competência repressiva, na tutela dos valores protegidos pelo Direito Administrativo”.⁵⁵⁰ É claro que o Direito Administrativo, assim como as regras de

⁵⁴³ MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 79.

⁵⁴⁴ Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6^a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 122.

⁵⁴⁵ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal: Parte Geral**. 3^a. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 383.

⁵⁴⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 3^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 102-103.

⁵⁴⁷ *Ibid.*, p. 85.

⁵⁴⁸ *Ibid.*, p. 82.

⁵⁴⁹ *Ibid.*, p. 82.

⁵⁵⁰ *Ibid.*, p. 85.

direito punitivo, podem e devem permear a análise das ações por ato de improbidade administrativa. Para que isso ocorra, porém, não é necessário denominar as condenações exaradas nesse âmbito de sanções administrativas, sob pena de ter-se, então, que construir um novo conceito para designar as medidas afritivas aplicadas por autoridades administrativas, o que, ao nosso ver, configuraria um retrocesso teórico.

Antes de concluir esse tema, é necessária uma digressão a respeito do conteúdo material das sanções administrativas por vezes negligenciado pela doutrina. Já se viu que as sanções administrativas não podem versar sobre a privação de liberdade. Mas há um requisito adicional de cunho material que diz respeito à pertinência entre a sanção imposta e às atribuições desempenhadas pela autoridade administrativa que a aplica.

Em termos objetivos, a lei não pode estabelecer a uma sanção consistente na proibição de dirigir para o professor que manifestar desapeço pelos colegas na escola pública onde está lotado. Não obstante a ausência de correlação lógica razoável entre a infração e a sanção, o que se quer frisar aqui é que a proibição do direito de dirigir integra o plexo de atribuições das autoridades de trânsito, não dos profissionais da educação. Conforme a precisa lição de Marcelo Madureira PRATES:

“o direito afinal restringido pela sanção administrativa geral deve ter correspondência direta com o âmbito referente ao dever administrativo descumprido no caso concreto, de maneira que a autoridade administrativa sancionadora somente possa restringir direitos que estejam relacionados à esfera das suas competências”.⁵⁵¹

Agrega-se, assim, mais um elemento ao nosso conceito de infração administrativa, consistente na necessária pertinência entre o direito restringido e esfera de competência da autoridade sancionadora.

Por derradeiro, cumpre verificar se a sanção administrativa constitui ato administrativo vinculado ou discricionário. De acordo com Oswaldo Aranha Bandeira de MELLO, “*sanção administrativa* é ato administrativo unilateral, discricionário, pelo qual se aplicam penalidades a terceiros pela inobservância dos respectivos

⁵⁵¹ PRATES, Marcelo Madureira. **Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 125.

deveres”.⁵⁵² Enrique SAYAGUES LASO, embora verifique uma “certa discricionariedade” no exercício da atividade sancionadora da administração, “algo mais ampla que a da justiça penal”, afirma que “com frequência a lei limita e até exclui essa discricionariedade”.⁵⁵³ Em sentido diametralmente oposto, Daniel FERREIRA assevera “que a aplicação de sanção por um agente público não consiste em uma mera faculdade, mas sim em ineludível vinculação”⁵⁵⁴:

“Ainda que pudesse parecer, em tempos mais remotos, ser a atividade sancionadora do Estado discricionária – ou seja, suportando um juízo de oportunidade e conveniência –, com isso não podemos absolutamente concordar, em especial se recordando nosso conceito (proposto e em senso lato) de sanção, que traz a lume o binômio ‘consequência restritiva de direitos’ ‘determinada (e não facultada) pela norma jurídica’”.⁵⁵⁵

Tem razão Daniel FERREIRA. Como se disse acima a propósito das infrações, não se impõe a um servidor público a pena de demissão por razões de conveniência e oportunidade, como seria próprio dos juízos discricionários, mas sim porque ele praticou alguma falta tipificada em lei à qual corresponda essa sanção. Na análise acerca da efetiva ocorrência da infração, bem como na fixação da correspondente sanção, o administrador exerce juízo de legalidade. Ainda que o texto legal contenha expressões abertas, o processo pelo qual se chega à sanção cabível é a interpretação, não a conveniência do administrador. Dessa conclusão deriva uma importante consequência, também já explicitada, que é a ampla sindicabilidade do ato sancionador pelo Poder Judiciário.

Pode-se, pois, conceituar sanção administrativa como ato vinculado da administração pública, que decorre de uma infração administrativa e que consiste na privação compulsória de um bem pertinente à sua esfera de competência.

2. AS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

⁵⁵² BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo: vol. I, Introdução**. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 569. No mesmo sentido: PRATES, Marcelo Madureira. **Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 69.

⁵⁵³ SAYAGUES LASO, Enrique. **Tratado de Derecho Administrativo, vol I**. 3ª. ed. Montevideo: FCU, 2010. p. 437. Tradução nossa.

⁵⁵⁴ FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 40. No mesmo sentido: NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. **Sanções Administrativas e Princípios de Direito Penal**. Revista dos Tribunais, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, vol. 775, p. 449 et seq., Mai. 2000.

⁵⁵⁵ Ibid., p. 40-41.

O que caracteriza determinado contrato como um contrato administrativo é sua submissão ao regime jurídico de direito administrativo.⁵⁵⁶ Segundo António Menezes CORDEIRO,

“Ele poderá ser marcado pela subordinação de uma parte à outra, pela exorbitância de certas cláusulas e/ou pela sujeição a um interesse público, sujeição essa que opera como justificação para que uma das partes possa, unilateralmente, introduzir modificações no acordado”.⁵⁵⁷

Uma das decorrências da subordinação de uma parte (o particular) à outra (a administração) e da exorbitância de certas cláusulas é o poder sancionatório detido pelo contratante. Pablo LEIZA ZUNINO ensina que esta prerrogativa “encontra sua justificação na necessidade de assegurar a efetiva e devida execução do contrato”.⁵⁵⁸ Fundado nessa mesma compreensão, Diogo Freitas do AMARAL afirma que as sanções podem ser aplicadas ao contratado particular, “seja pela inexecução (total ou parcial) do contrato, seja pelo atraso na execução, seja por qualquer outra forma de execução impertinente ou defeituosa, seja ainda porque o contraente particular tenha trespasado o contrato para outrem sem a devida autorização da Administração”.⁵⁵⁹

No direito brasileiro, o poder sancionatório está previsto no art. 58 Lei 8.666/93, segundo o qual “o regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: (...); IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste”. Contudo, ele não se resume a isso. As infrações não se restringem à execução defeituosa do ajuste, conforme se depreende do art. 88, que contém tipos como fraude fiscal, atos ilícitos que visem frustrar os fins da licitação e conduta inidônea. Ademais, as sanções não estão limitadas ao âmbito contratual.

Se, no direito português, “a sanção mais grave que a Administração pode

⁵⁵⁶ AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo, vol. II**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 498.

⁵⁵⁷ CORDEIRO, António Menezes. **Contratos Públicos: Subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 49.

⁵⁵⁸ LEIZA ZUNINO, Pablo. **Contratos de la Administración Pública**. Montevideu: FCU, 2012. p. 458. Tradução nossa.

⁵⁵⁹ AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo, vol. II**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 633-634.

aplicar ao seu co-contratante consiste na própria rescisão do contrato”⁵⁶⁰, de acordo Maria João ESTORNINHO, no Brasil, as sanções mais graves são a “suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos” e a “declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública”, previstas no art. 87, que se protraem para além do contrato. Por isso é que, para Hely Lopes MEIRELLES:

“A *declaração de inidoneidade* não é, a rigor, uma *penalidade contratual*, mas, sim, uma *sanção administrativa genérica*, imposta por determinada entidade estatal, com a finalidade de impedir o acesso de pessoa física ou jurídica comprovadamente inidônea às suas licitações e contratações enquanto perdurarem os motivos que a ensejarem ou até que o punido promova sua reabilitação (Lei 8.666, de 1993, art. 87, IV). Sendo a mais grave das sanções administrativas aplicáveis ao particular interessado em contratar com o Poder Público, só pode ser aplicada pela autoridade indicada na norma legal que a consigna, nos casos e pela forma expressamente estabelecidos, sempre com oportunidade de defesa, como prescreve, corretamente, a lei atual (art. 87, §3º)”⁵⁶¹.

A distinção proposta por Hely Lopes MEIRELLES provoca questionamentos de diversas ordens.

2.1 AS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS PODEM SER APLICADAS NO SILÊNCIO DO CONTRATO?

No trecho acima citado, Hely Lopes MEIRELLES esboçou uma classificação distinguindo penalidade contratual e sanção administrativa genérica. Entende-se, porém, que a distinção não encontra amparo no texto legal. Todas as sanções da Lei 8.666/93 são penalidades contratuais, inclusive quando aplicadas com fundamento no art. 88. Tanto é assim que sua incidência ocorre somente quando as condutas nele previstas são praticadas “em razão dos contratos regidos por esta Lei”. O fato das sanções do art. 87, III e IV, terem efeito *pro futuro*⁵⁶², isto é, para além do prazo de

⁵⁶⁰ ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo Contrato Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 129.

⁵⁶¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 12^a. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 231.

⁵⁶² OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 3^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 101.

vigência do contrato não lhes retira o caráter de sanção contratual, nem as transforma em sanções administrativas genéricas, expressão destituída de sentido e que parece reportar-se ao conceito de relação jurídica geral, já rejeitado no presente trabalho.

Relevante, ao nosso ver, é a diferenciação proposta por Bernardo Strobel GUIMARÃES quanto ao fundamento que anima a imposição das penas de suspensão do direito de licitar e de declaração de inidoneidade, pois isso impacta diretamente no regime jurídico aplicável. Segundo ele, se tais sanções decorrerem da inexecução total ou parcial do contrato, ou seja, de infração ao art. 87, *caput*, da Lei 8.666/93, “tem-se, portanto, que elas sempre dependem do que estiver disciplinado no instrumento contratual, não sendo cabíveis penas que se fundem diretamente em lei”.⁵⁶³

Supera-se, assim, a orientação tradicional, reafirmada por Jean RIVERO, no sentido de que “a Administração é sempre senhora de decretar a sanção correspondente à falta verificada, mesmo no silêncio do contrato”.⁵⁶⁴ Como bem observa Bernardo GUIMARÃES:

“não haveria qualquer razão para apenas a pena de multa ser prevista claramente no contrato e as outras não, como parece fazer crer uma leitura assistemática dos preceitos do art. 86, §1º e 87 *caput* da Lei 8.666/1993. O que se exige para a aplicação de multas, exige-se para as demais sanções, que devem estar formalmente previstas no contrato para poderem ser aplicadas”.⁵⁶⁵

Refere-se o autor ao fato do art. 86, §1º, da Lei 8.666/93, preceituar que o atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, “na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato”. O art. 87, II, dispõe igualmente que pela inexecução total ou parcial poderá ser aplicada a sanção de “multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato”. Diante disso, entendeu o Tribunal de Justiça de São Paulo, em precedente citado por Marçal JUSTEN FILHO⁵⁶⁶, que “se não há previsão da cláusula penal nem no ato

⁵⁶³ GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **As sanções nos contratos administrativos e a inadequação do poder de polícia para justificá-las**. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte, ano 12, n.133, p. 32-39, Jan. 2013.

⁵⁶⁴ RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981. p. 146. No mesmo sentido: GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo, parte general, tomo I**. 8ª. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2003. p. XI-25.

⁵⁶⁵ GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **As sanções nos contratos administrativos e a inadequação do poder de polícia para justificá-las**. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte, ano 12, n.133, p. 32-39, jan. 2013.

⁵⁶⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11ª. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 622.

convocatório e nem no contrato não há como exigí-la. Inteligência do art. 87, II, da Lei 8.666/93, com a redação dada pela Lei 8.883/94”.⁵⁶⁷

Essa opinião é partilhada por Pablo LEIZA ZUNINO:

“Portanto, em matéria de sanções contratuais também necessitamos de uma previsão anterior que tipifique dita sanção para que esta possa ter validade uma vez ocorrido o decumprimento que a justifique. Se a previsão anterior de sanção não existe, a sanção será nula”.⁵⁶⁸

Indagar-se-á: O que ocorrerá se houver inexecução da avença sem que as respectivas sanções estejam previstas no instrumento contratual? Ora, basta que a administração rescinda unilateralmente o contrato, na forma do art. 78 da Lei 8.666/93, e que promova a respectiva ação de reparação de danos, como sugere LEIZA ZUNINO.⁵⁶⁹ Além disso, é necessária a instauração de sindicância para apurar a responsabilidade pela omissão.

Esta solução atende não apenas o interesse coletivo subjacente à contratação pública, como também respeita os princípios da vinculação ao instrumento convocatório e da tipicidade. Recorde-se que o princípio da tipicidade exige a explicitação da conduta infracional com um mínimo de densidade para que se possa compreender qual comportamento proibido e, ainda, exige que se estabeleça uma correlação entre tal comportamento e uma sanção específica. Como, sozinho, o art. 87 da Lei 8.666/93 não atende esses requisitos, dependendo da indispensável complementação do edital e do contrato, o silêncio destes inviabiliza por completo a aplicação de sanções por inexecução contratual.

Diametralmente oposta será a conclusão caso a aplicação das sanções do art. 87, III e IV, derive de ofensa ao art. 88. Nesse caso, o comportamento proibido não decorrerá da inobservância das cláusulas contratuais, mas de condutas já tipificadas em lei como crime, o que torna dispensável sua previsão no contrato. Ademais, tais condutas, embora devam guardar relação com contratos administrativos, independem de sua efetiva celebração. Assim, mesmo no silêncio do contrato as sanções do art. 87, III e IV, poderão ser aplicadas desde que o seu fundamento seja um dos incisos do

⁵⁶⁷ TJSP, 8ª. Câmara, ApCiv 250.747.1/1-00, rel. Felipe Ferreira, j. 14/8/1996. *Apud*: Revista dos Tribunais, vol. 734, p. 325, Dez / 1996.

⁵⁶⁸ LEIZA ZUNINO, Pablo. **Contratos de la Administración Pública**. Montevideo: FCU, 2012. p. 460. Tradução nossa.

⁵⁶⁹ *Ibid.*, p. 460. Tradução nossa.

art. 88 da Lei 8.666/93.

3. AS FINALIDADES DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA

A constatação de que algumas sanções esgotam seus efeitos no âmbito do contrato e que outras possuem efeitos *pro futuro* – daí a classificação interna e externa, adotada por Marçal JUSTEN FILHO – suscita outro questionamento, concernente às finalidades da sanção administrativa.

Claus ROXIN ensina que, desde a antiguidade, três teorias disputam sobre os fins da pena: a) a teoria da retribuição; b) a teoria da prevenção especial; c) a teoria da prevenção geral.⁵⁷⁰

3.1 A TEORIA DA RETRIBUIÇÃO

Segundo a teoria da retribuição, a pena não perseguiria nenhum fim socialmente útil. A pena seria um mal mediante o qual merecidamente se retribui ao autor o mal cometido. KANT intentou, na sua *Metafísica dos Costumes*, fundamentar as ideias de retribuição e justiça como leis universalmente válidas.⁵⁷¹ Segundo ROXIN⁵⁷², HEGEL estava de acordo com KANT ao não reconhecer metas preventivas como os fins da pena. Atualmente, contudo, tal teoria não é aceita na maioria dos países civilizados.

Para Carlos Santiago NINO, a dificuldade em aceitar o retribucionismo é que ele “requer de nós uma intuição ética compartilhada por muito poucos: que a soma de dois males dá como resultado um bem”.⁵⁷³ Opinião partilhada por ROXIN:

“Pois, se, como foi manifestado nos parágrafos anteriores, a finalidade do Direito Penal consiste na proteção subsidiária de bens jurídicos, então, para o cumprimento desta tarefa, não é permitido fazer uso de uma pena que de forma expressa prescindia de todos os fins sociais. A ideia de retribuição exige também uma pena ali, onde sobre a base da proteção de bens jurídicos não seria necessária; mas então a pena já não serve à finalidade do Direito Penal e perde sua legitimação social. Dito de outra forma: o Estado, como instituição

⁵⁷⁰ ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría de delito**. 2ª. ed. Madrid: Civitas, 1997. p. 81.

⁵⁷¹ Ibid., p. 82.

⁵⁷² Ibid., p. 83.

⁵⁷³ NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 506.

humana, não é capaz de realizar a ideia metafísica de justiça nem está legitimado para isso. A vontade dos cidadãos obriga-o a assegurar a convivência do homem em paz e liberdade; está limitado a esta tarefa de proteção. A ideia de que se pode compensar ou suprimir um mal (o delito) causando outro mal adicional (o sofrimento da pena), só é suscetível de uma crença ou fé, a de que o Estado não pode obrigar ninguém a partir do momento em que não recebe seus poderes de Deus, mas do povo”.⁵⁷⁴

Como se vê, a teoria da retribuição não é, hoje, cientificamente aceitável.

3.2 A TEORIA DA PREVENÇÃO ESPECIAL

A teoria da prevenção especial sustenta que a missão da pena é fazer o autor individual desistir da prática de novos delitos. Segundo a concepção de LIZT, citado por ROXIN como portavoz dessa teoria, “a prevenção especial pode atuar de três formas: protegendo a comunidade dos delinquentes, mediante o encarceramento destes; intimidando o autor, pela pena, para que não cometa futuros delitos; e preservando-lhe da reincidência mediante sua recuperação”.⁵⁷⁵

3.3 A TEORIA DA PREVENÇÃO GERAL

Por fim, para a teoria da prevenção geral a finalidade da pena é: a) instruir a comunidade sobre as proibições legais, de modo a evitar sua violação; b) reforçar a confiança da população no Direito e tranquilizar a consciência jurídica geral, o que ocorre quando o cidadão percebe que o Direito se aplica, “em virtude da sanção, sobre à violação da lei e considerado resolvido o conflito com o autor”.⁵⁷⁶

3.4 TEORIAS UNIFICADORAS

ROXIN unifica as teorias da prevenção especial e geral, e conclui: “a pena serve para os fins de prevenção especial e geral”.⁵⁷⁷ Manifestando o mesmo pensamento, Figueiredo DIAS resume assim sua posição:

⁵⁷⁴ ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría de delito**. 2ª. ed. Madrid: Civitas, 1997. p. 84. Tradução nossa

⁵⁷⁵ Ibid.,p. 85-86. Tradução nossa

⁵⁷⁶ Ibid.,p. 92. Tradução nossa

⁵⁷⁷ Ibid.,p. 103. Tradução nossa

“(1) Toda a pena serve finalidades exclusivas de prevenção, geral e especial; (2) A pena concreta é limitada, no seu máximo inultrapassável, pela medida da culpa; (3) Dentro deste limite máximo ela é determinada no interior de uma moldura de prevenção geral de integração, cujo limite superior é oferecido pelo ponto ótimo de tutela dos bens jurídicos e cujo limite inferior é constituído pelas exigências mínimas de defesa do ordenamento jurídico; (4) Dentro desta moldura de prevenção geral de integração a medida da pena é encontrada em função de exigências de prevenção especial, em regra positiva ou de socialização, excepcionalmente negativa, de intimidação ou de seguranças individuais”.⁵⁷⁸

A finalidade de prevenção também é compartilhada por NINO, para quem é condição de legitimidade de toda pena que ela seja “o meio mais eficaz para evitar prejuízos sociais maiores que os que ela implica”.⁵⁷⁹

A doutrina de Direito Administrativo sufraga esta orientação no tocante aos fins das sanções administrativas. Cite-se, por todos, o magistério de Celso Antônio Bandeira de MELLO:

“Quando uma sanção é aplicada, o que se pretende com isto é tanto despertar em quem a sofreu um estímulo para que não reincida, quanto cumprir uma função exemplar para a sociedade. Não se trata, portanto, de causar uma aflição, um ‘mal’, objetivando castigar o sujeito, levá-lo à expiação pela nocividade de sua conduta. O Direito tem como finalidade unicamente a disciplina da vida social, a conveniente organização dela, para o bom convívio de todos e bom sucesso do todo social, nisto se esgotando seu objeto”.⁵⁸⁰

Logo, tanto para o Direito Penal e para a Teoria Geral do Direito quanto para o Direito Administrativo a finalidade da sanção é a prevenção. Trata-se de medida instrumental que visa assegurar o cumprimento da lei, a consecução do interesse público e a paz social.

3.5 A SUPOSTA ESPECIFICIDADE DA FINALIDADE DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA CONTRATUAL

⁵⁷⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: Parte Geral, tomo I**. 1ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 84.

⁵⁷⁹ NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 508.

⁵⁸⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 745.

Não obstante, os autores costumam atribuir às sanções contratuais uma finalidade supostamente diversa, asseverando que sua finalidade precípua é assegurar o cumprimento da avença. Nesse sentido, confira-se o pensamento de Maria João ESTORNINHO:

“A função principal da sanção nos contratos administrativos não é, nem a de reprimir as violações contratuais nem a de compensar a Administração pelos prejuízos sofridos, mas sim a de obrigar o particular a cumprir a prestação a que está adstrito e, dessa forma, assegurar a prossecução do interesse público subjacente ao contrato”.⁵⁸¹

Essa orientação é sufragada por Enrique SAYAGUES LASO: “Na contratação administrativa o fundamental é que o particular cumpra, sobretudo nos contratos estreitamente vinculados à execução dos serviços, e por isso as sanções se inspiram nessa finalidade”.⁵⁸² E também por Pablo LEIZA ZUNINO:

“É importante compreender que o essencial nos contratos da Administração não é castigar ao co-contratante por suas faltas, senão assegurar a realização efetiva do serviço, da obra, do fornecimento, ou a satisfação da necessidade pública contratada”.⁵⁸³

Como se percebe, não há diferença substancial alguma entre as teorias atuais relativas aos fins da pena e as considerações dos administrativistas acerca dos fins específicos da sanção contratual. Do mesmo modo, também não há diferença substancial entre os fins visados com a aplicação de uma advertência ou multa (ditas sanções contratuais ou internas) e com a imposição de uma suspensão ou declaração de inidoneidade (ditas sanções gerais, externas ou com eficácia *pro futuro*).

A diferença é o alcance da sanção, proporcional à gravidade da conduta. Mas o fim é rigorosamente igual: a prevenção. Prevenção de infrações, prevenção de inexecuções contratuais, o que equivale a incentivar, assegurar, garantir o cumprimento do contrato. Toda sanção, e não somente as contratuais, objetiva o cumprimento da lei ou, sob outro ângulo, prevenir, evitar o seu descumprimento.

⁵⁸¹ ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo Contrato Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 128.

⁵⁸² SAYAGUES LASO, Enrique. **Tratado de Derecho Administrativo**, vol I. 3^a. ed. Montevideu: FCU, 2010. p. 573. Tradução nossa.

⁵⁸³ LEIZA ZUNINO, Pablo. **Contratos de la Administración Pública**. Montevideu: FCU, 2012. p. 460. Tradução nossa.

Por isso, não tem razão Gaston JÈZE quando afirma que:

“A repressão disciplinar dos agentes públicos que cometem faltas e a repressão penal dos agentes públicos delinquentes são duas coisas totalmente diferentes. A repressão disciplinar tem em conta o melhoramento do serviço público, enquanto que a repressão penal tem essencialmente por objeto a punição pessoal do agente delinquente, em nome da ideia de justiça, sendo secundária a ideia de exemplaridade. A repressão penal dos agentes públicos delinquentes não tem por finalidade o melhoramento do funcionamento de um serviço”.⁵⁸⁴

A dualidade acima apontada não mais existe. Como se viu, as teorias retributivas, que conferem à pena um sentido de punição pessoal, de retribuição de um mal com outro mal, estão superadas na maioria dos países civilizados. As modernas teorias atribuem à sanção o escopo de evitar que o infrator reincida e que outros incidam na conduta vedada, melhorando, assim, o ambiente social e, especificamente no campo administrativo, a marcha do serviço.

Ante o exposto, conclui-se que a advertência, a multa, a suspensão e a declaração de inidoneidade possuem, a um só tempo, a finalidade de assegurar o cumprimento da avença e de prevenir infrações à lei e ao contrato.

4. A CLASSIFICAÇÃO DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

Cada autor costuma classificar as sanções administrativas à sua maneira.⁵⁸⁵ Heraldo Garcia VITTA divide as sanções (ou penas) em pessoais, reais e pecuniárias. As primeiras “são as que recaem sobre a *pessoa* do infrator, e não sobre bens, diante do caráter pessoal delas”.⁵⁸⁶ O autor cita como exemplo “a advertência ao servidor faltoso, a suspensão da carteira de habilitação, a suspensão do exercício do exercício de comércio, a suspensão de financiamento público”.⁵⁸⁷

⁵⁸⁴ JÈZE, Gaston. **Principios Generales del Derecho Administrativo**, vol. III. Buenos Aires: Editorial DePalma, 1949. p. 93. Tradução nossa.

⁵⁸⁵ Confira-se: FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 44; MELLO, Rafael Munhoz de. **Principios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 75; OLIVEIRA, Régis Fernandes. **Infrações e Sanções Administrativas**. 3ª. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 96; VITTA, Heraldo Garcia. **A Sanção no Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 121.

⁵⁸⁶ VITTA, Heraldo Garcia. **A Sanção no Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 121.

⁵⁸⁷ Ibid., p. 121.

As sanções reais “recaem sobre objeto, coisa, instrumento ou fruto do ilícito”.⁵⁸⁸ “São exemplos a perda de bens, a interdição de estabelecimento comercial, a demolição de obras”.⁵⁸⁹ Por fim, “as penalidades pecuniárias distinguem-se das reais, apenas pelo fato de se concretizarem por meio de quantificação monetária”.⁵⁹⁰

De acordo com Heraldo Garcia VITTA, “as sanções pessoais não admitem a *responsabilidade* de terceiros (por ato ilícito do infrator), a *transmissão* aos herdeiros ou sucessores e nem mesmo a *solidariedade*”.⁵⁹¹ Opinião partilhada por Rafael Munhoz de MELLO⁵⁹², Régis Fernandes de OLIVEIRA⁵⁹³ e Daniel FERREIRA, segundo o qual “a específica utilidade dessa classificação é separar as sanções transmissíveis das intransmissíveis”.⁵⁹⁴ Aqui se impõe um reparo.

No direito brasileiro, transmissibilidade e sanção são noções antitéticas. Se é transmissível não pode ser sanção e se é sanção não pode ser transmissível. Isso porque o art. 5º, XLV, da Constituição Federal preceitua que “nenhuma” pena passará da pessoa do condenado, consagrando, consoante o magistério de Eugenio Raúl ZAFFARONI e José Henrique PIERANGELI, o princípio de intranscendência ou de personalidade da pena:

“Nunca se pode interpretar uma lei penal no sentido de que a pena transcende da pessoa que é autora ou partícipe do delito. A pena é uma medida de caráter estritamente pessoal, em virtude de consistir numa ingerência ressocializadora sobre o apenado. Daí que se deva evitar toda consequência de pena que afete terceiros”.⁵⁹⁵

Portanto, é incompatível com o texto constitucional a posição de VITTA em relação às sanções reais e pecuniárias. Segundo ele, “em ambas as penalidades pode haver casos em que o *responsável* sofra a imposição. Admitem, ainda, *transmissão* aos herdeiros ou sucessores e a *solidariedade*. É que a reprimenda não recai sobre a

⁵⁸⁸ VITTA, Heraldo Garcia. **A Sanção no Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 121.

⁵⁸⁹ Ibid., p. 121-122.

⁵⁹⁰ Ibid., p. 122.

⁵⁹¹ Ibid., p. 121.

⁵⁹² MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 80.

⁵⁹³ OLIVEIRA, Régis Fernandes. **Infrações e Sanções Administrativas**. 3ª. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 51.

⁵⁹⁴ FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 45-46.

⁵⁹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 178.

pessoa do infrator, mas sobre bens”.⁵⁹⁶

Aparentemente, o autor confunde *gênero* e *pressupostos* da sanção. O *princípio da pessoalidade* (a sanção deve recair sobre o autor do delito) é um pressuposto da sanção, seja ela qual for o seu gênero (real, pecuniária ou pessoal). O fato de a reprimenda não recair sobre a pessoa do infrator, mas sobre bens, não autoriza sua incidência sobre terceiros. Logo, não apenas as sanções classificadas como pessoais, mas também as pecuniárias e reais estão sujeitas ao aludido princípio. A exceção é que as sanções reais (perdimento de bens) podem ser “estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido” (CF, art. 5º, XLV). Mas não porque são transferidas aos sucessores e sim porque aderiram aos bens do condenado, que foram transferidos. A obrigação de reparar o dano, como se viu acima, não é pena, de modo que sua extensão aos sucessores até o limite do patrimônio não causa nenhuma perplexidade, dispensando considerações adicionais.

Por tais razões é que, ao nosso ver, está correto o entendimento de Vladimir Passos de FREITAS, para quem a multa, espécie de sanção pecuniária, não pode ser executada contra terceiros, “face ao princípio de que a pena não pode passar da pessoa do delinquente”.⁵⁹⁷

Em decorrência dos equívocos acima expostos, a classificação adotada será a de Daniel FERREIRA, cujo parâmetro é a “consequência (restrição de direitos) imposta a cada caso concreto”:

“ a) *restritivas da liberdade* – que, por isso mesmo, só podem ocorrer com pessoas, impedindo sua liberdade; portanto, aí inseridas as de detenção e de prisão, como previstas no regime castrense;

b) *restritivas de atividades* (de pessoa humana ou jurídica) – aqui inseridas as de inabilitação, perda ou suspensão de direitos (de dirigir, de fabricar etc.); interdição ou fechamento de estabelecimentos; intervenção administrativa; suspensão e demissão de servidor; suspensão temporária do direito de licitar (e contratar) e declaração de inidoneidade, bem como outras similares;

c) *restritivas do patrimônio moral* (de pessoa humana ou jurídica) – são aquelas constitutivas de admoestações ao infrator, como as de advertência, repreensão e censura;

d) *restritivas do patrimônio econômico* (da pessoa humana ou jurídica) – ou seja, as de natureza pecuniária (multas) e as de

⁵⁹⁶ VITTA, Heraldo Garcia. **A Sanção no Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 122.

⁵⁹⁷ FREITAS, Vladimir Passos de. **Direito Administrativo e Meio Ambiente**. 3ª. ed. Curitiba: Juruá, 2003. p.96.

perda de bens (aqui englobadas as de apreensão e de inutilização, conforme terminologia adotada, *e.g.*, pela Lei 8.708, de 1990)”.⁵⁹⁸

A Lei 8.666/93 contempla todos esses gêneros de sanção, exceto evidentemente as restritivas de liberdade. É o que se verá a seguir.

5. AS ESPÉCIES DE SANÇÕES ADMINISTRATIVAS PREVISTAS NA LEI 8.666/93 E NAS LEIS DO PREGÃO E DO RDC

Com algumas variações, as Leis 8.666/93, 10.520/2002 e Lei 12.462/2011 preveem quatro espécies de sanções a serem impostas aos licitantes e contratados, após o devido processo legal, observadas as circunstâncias agravantes e atenuantes, bem como o princípio da proporcionalidade.

5.1 ADVERTÊNCIA

A advertência é a penalidade mais branda da Lei 8.666/93. De acordo com Edmir Netto de ARAÚJO, ela possui “natureza moral”, “consistindo em uma ‘reprimenda ou admoestação por escrito’”.⁵⁹⁹ Por ser a sanção mais branda ela deve ser reservada, dentro de um juízo de proporcionalidade, às infrações mais leves.

Para Joel de Menezes NIEBUHR, “a advertência não deveria ser encartada no rol das sanções administrativas, porquanto, evidentemente, em sua essência, ela não é uma espécie de sanção”.⁶⁰⁰ Segundo ele, a advertência equivaleria, em essência, à providência referida no art. 67, §1º, da Lei 8.666/93, que dispõe:

“Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§1º O representante da Administração anotarà em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

§ 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do

⁵⁹⁸ FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 45.

⁵⁹⁹ ARAÚJO, Edmir Netto. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 962.

⁶⁰⁰ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 974.

representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes”.

A diferença, de acordo com NIEBUHR, é que, como a advertência deve ser precedida do contraditório, o tempo necessário para a conclusão do processo retira-lhe a eficácia.⁶⁰¹ Para o autor, a advertência só faria sentido se pudesse “ser produzida imediatamente, porque somente assim ela se presta a evitar danos maiores”.⁶⁰²

Discorda-se desse raciocínio. A determinação de correção de faltas ou defeitos é providência corriqueira, exarada pelo representante da administração - que inclusive pode ser um terceiro, externo ao serviço público - durante ou logo após suas incursões em obra ou serviço. Embora também se preste a corrigir distorções, essa medida evidentemente não possui o peso institucional e moral de uma sanção de advertência, imposta por autoridade superior ao representante, após processo administrativo em que expressamente se declarará a prática de uma infração administrativa. A diferença é tênue, mas perceptível.

Ademais, embora não possa ser imposta imediatamente, o prazo de apenas 5 (cinco) dias para a defesa (art. 87, §2º) não obsta que a advertência seja aplicada com brevidade e a tempo de impedir danos maiores. Aliás, o que o prazo de defesa pode obstar é uma punição indevida, fruto de eventual equívoco do representante em apontar falhas ou defeitos inexistentes.

Correta, ao nosso ver, é a posição de Marçal JUSTEN FILHO, para o qual a advertência presta-se a dois efeitos peculiares. O primeiro é a “submissão do particular a uma fiscalização mais atenta”⁶⁰³, em virtude do descumprimento anterior das obrigações contratuais. O segundo é o alerta (ou a advertência) de que em caso de reincidência a sanção será agravada.

Portanto, longe de concluirmos por sua inutilidade, entende-se, ao revés, que a advertência poderia ser adotada com mais frequência, como resultado de uma fiscalização mais intensa da execução do contrato administrativo, em que a administração identificasse as infrações com maior acuidade e agisse antes destas atingirem maiores proporções.

⁶⁰¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 975.

⁶⁰² Ibid., p. 974.

⁶⁰³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11ª. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 622.

5.2 AS MULTAS

A multa consiste na imputação do pagamento de determinada quantia em dinheiro pelo atraso ou pela inexecução da avença. No art. 86 a Lei 8.666/93 prevê o pagamento de “multa de mora”. “Mora é demora”, na expressão de Orlando GOMES, “atraso, impontualidade, violação do dever de cumprir a obrigação no *tempo devido*”.⁶⁰⁴ Daí a previsão legal de que a multa de mora será devida pelo “atraso injustificado na execução do contrato”.

Conquanto o atraso também seja uma forma de inadimplemento⁶⁰⁵, o art. 87, II, prevê uma sanção de multa específica para a hipótese de “inexecução total ou parcial”. De acordo com Joel de Menezes NIEBUHR, essa seria uma multa compensatória.⁶⁰⁶ Entendemos, porém, que nem sempre será assim.

A multa compensatória, também denominada multa ressarcitória ou cláusula penal, tem a finalidade de compensar os prejuízos decorrentes do inadimplemento. Por meio dela, ensina Orlando GOMES, “as partes de um contrato fixam, de antemão, o valor das perdas e danos que por acaso se verifiquem em consequências da inexecução culposa da obrigação”.⁶⁰⁷ Trata-se, portanto, de uma multa com a finalidade de reparar danos.

Ocorre que a Lei 8.666/93 não diz ser essa a finalidade da multa prevista no art. 87, II. Ao contrário, em algumas oportunidades a Lei 8.666/93 refere-se à multa e à reparação de danos, como se fossem medidas independentes.⁶⁰⁸ Ademais, a reparação de danos é assegurada pelo art. 70 da Lei 8.666/93, independente da aplicação de sanções:

“Art. 70. O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado”.

⁶⁰⁴ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 1ª. ed. São Paulo: Forense, 1961. p. 185.

⁶⁰⁵ Ibid., p. 150.

⁶⁰⁶ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 975.

⁶⁰⁷ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 1ª. ed. São Paulo: Forense, 1961. p. 185.

⁶⁰⁸ Lei 8.666/93: “Art. 80. A rescisão de que trata o inciso I do artigo anterior acarreta as seguintes consequências, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei: (...); III - execução da garantia contratual, para ressarcimento da Administração, e dos valores das multas e indenizações a ela devidos”.

Assim, com frequência a multa a que alude o art. 87 terá a natureza do que, em Direito Civil, denomina-se multa simples ou cláusula penal pura e que, segundo Orlando GOMES, “consiste numa soma a pagar a título de *pena* pela infração de certos deveres contratuais”, não se relacionando com “a obrigação do ressarcimento”.⁶⁰⁹ Trata-se, portanto, de multa com finalidade punitiva, como a multa que é aplicada no Direito Criminal.⁶¹⁰

Ao tratar da multa punitiva no âmbito das concessões de serviço público, Marçal JUSTEN FILHO afirma que ela tem “natureza administrativo-penal, com puro cunho punitivo”.⁶¹¹ “A multa não se destinará, então, a recompor os efeitos patrimoniais danosos do inadimplemento de uma prestação. Será estritamente orientada a punir o sujeito que adotou condutas reprováveis”.⁶¹²

Caberá, pois, à luz do caso concreto, identificar que espécie de multa está prevista no contrato. De acordo com Marçal JUSTEN FILHO, “a multa ressarcitória tem de ser proporcionada à dimensão das perdas e danos verificados, enquanto a multa punitiva deve relacionar-se com a gravidade da infração praticada”.⁶¹³

Ato contínuo, caberá aplicar-lhe o regime jurídico correspondente. A multa compensatória segue basicamente o regime de direito privado. A multa punitiva, o regime jurídico de direito sancionador, no qual a sanção é consequência de uma conduta típica, antijurídica e culpável. Uma das mais relevantes implicações diz respeito à já referida transmissibilidade. Como anota Marçal JUSTEN FILHO:

“O sucessor responde pela multa ressarcitória, tendo em vista sua natureza estritamente patrimonial. Já a multa punitiva norteia-se pelo princípio da personalidade da sanção: o falecimento do infrator importa a extinção da multa punitiva. Não se transmite, por sucessão, a multa punitiva”.⁶¹⁴

⁶⁰⁹ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 1^a. ed. São Paulo: Forense, 1961. p. 176.

⁶¹⁰ Para Ruy Cirne LIMA a multa administrativa possui natureza mista: “Da feição indenizatória e, simultaneamente, penal da multa, enquanto pena administrativa, evidencia-se, para logo, a conjunção que, de regra, nas sanções administrativas, se opera da sanção restitutiva, própria do direito privado, com a sanção substitutiva, própria do Direito Criminal” (LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 7^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 588).

⁶¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 463.

⁶¹² Ibid., p. 463. Em sentido diverso: “A multa administrativa é uma penalidade pecuniária que tem como finalidade compensar o dano causado pelo particular à Administração com a prática da infração” (TRF4, 4^a Turma, AC 5001994-65.2011.404.7106, rel. p/ Acórdão Loraci Flores de Lima, D.E. 19/12/2012).

⁶¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 463.

⁶¹⁴ Ibid., p. 464.

Outra decorrência do caráter punitivo da multa é sua submissão ao princípio da vedação ao confisco.⁶¹⁵ Segundo Celso Antônio Bandeira de MELLO, “por muito grave que haja sido a infração, as multas não podem ser ‘confiscatórias’, isto é, de valor tão elevado que acabem por compor um verdadeiro confisco”.⁶¹⁶

5.3 A SUSPENSÃO E A DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PREVISTAS NA LEI 8.666/93 E O IMPEDIMENTO DE LICITAR E CONTRATAR PREVISTO NAS LEIS DO PREGÃO E DO RDC

As sanções que produzem efeitos *pro futuro*, impedindo o particular de licitar e contratar com a administração são as mais controvertidas. Não há o mínimo consenso doutrinário e jurisprudencial a respeito, o que tem gerado grave insegurança jurídica aos envolvidos em contratações públicas.

A Lei 8.666/93 preceitua que:

“Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: (...)

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior”.

5.3.1 A sanção de suspensão não possui natureza cautelar

Inicialmente, cumpre afastar o entendimento, manifestado por Joel de Menezes NIEBUHR, no sentido de que a suspensão temporária é uma medida cautelar à declaração de inidoneidade.⁶¹⁷ A suspensão é uma sanção administrativa

⁶¹⁵ Nesse sentido: “O percentual da multa deve ser adequado à natureza e à gravidade da infração, sob pena de ofender o princípio da vedação ao confisco” (TRF4, 1ª. AC 2003.70.04.005878-8, relator Leandro Paulsen, D.E. 16/05/2012).

⁶¹⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 756.

⁶¹⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 981.

restritiva de direitos, imposta pelo cometimento de uma infração administrativa, ao final de um processo administrativo.

NIEBUHR naturalmente não dispensa o processo administrativo prévio à aplicação da suspensão, mas diz que a natureza cautelar resulta do fato de que, a partir de sua imposição, deverá ser instaurado o competente processo com vista à declaração de inidoneidade. Segundo ele, “a suspensão temporária é condição para a declaração de inidoneidade”⁶¹⁸, como se a lei previsse uma punição em dois tempos: primeiro a suspensão, depois a inidoneidade.

Longe de conferir à suspensão uma feição cautelar, esse raciocínio conduz inevitavelmente à uma dupla punição pelo mesmo fato, em clara ofensa ao princípio do *non bis in idem*. Segundo Rafael Munhoz de MELLO, a incidência desse princípio:

“impede a Administração Pública de impor uma segunda sanção administrativa a quem já sofreu, pela prática da mesma conduta, uma primeira. É dizer, uma vez imposta a sanção administrativa, esgota-se a competência punitiva atribuída à Administração Pública, não sendo lícita a imposição de nova sanção pelo mesmo fato”.⁶¹⁹

Aliás, não é por outra razão que a Súmula 19 do Supremo Tribunal Federal reza: “É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira”. Acrescente-se que, com base nesta Súmula, assim tem decidido o Superior Tribunal de Justiça:

“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO DISCIPLINAR ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO. SUSPENSÃO. DUPLA PUNIÇÃO PELA MESMA FALTA FUNCIONAL. BIS IN IDEM. IMPOSSIBILIDADE.

- Nos termos da Súmula 19 do STF não é possível a aplicação de duplo sanção disciplinar ao servidor público em decorrência da mesma falta disciplinar.

- Imposta a pena de suspensão a servidor e efetivamente cumprida, não pode a autoridade administrativa, em momento posterior, reativar o processo para aplicar a pena de demissão, por importar em bis in idem, vedado em nosso sistema.

- Segurança concedida”.⁶²⁰

⁶¹⁸ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 982.

⁶¹⁹ MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 210.

⁶²⁰ STJ, 3ª Seção, MS nº 7.358/DF, rel. Min. Vicente Leal, DJ. 6.5.02.

Além de ofender o princípio do *non bis in idem*, a suspensão não possui natureza cautelar porque tais medidas, segundo a lição de Humberto TEODORO JÚNIOR, “têm como finalidade natural e necessária apenas a ‘conservação do estado de fato e de direito’ a que se vinculam os interesses que se vão defender no processo principal”.⁶²¹ Não é esse o caso da suspensão prevista no art. 87, II, cuja finalidade é sancionatória.

De *lege ferenda* até se poderia cogitar da suspensão como providência acauteladora a ser aplicada, “na iminência de danos irreparáveis”⁶²², antes ou durante⁶²³ o processo administrativo à imposição da declaração de inidoneidade. Atualmente, à míngua de previsão legal, esse raciocínio é inviável, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade. Como observa Marcelo Madureira PRATES, “é imperioso que a possibilidade de antecipação da sanção administrativa venha expressa em ato normativo, não podendo jamais resultar de uma livre opção da autoridade administrativa sancionadora”.⁶²⁴

5.3.2 A extensão das penas de suspensão e de inidoneidade

O segundo aspecto a ser analisado é a extensão das penas de suspensão e inidoneidade. O art. 87, III, da Lei 8.666/93 prevê a sanção de “suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração”. A sanção prevista no inciso seguinte é de “declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública”. O inciso III fala em “Administração” e o inciso IV em “Administração Pública”.

De acordo com o art. 6º da Lei 8.666/93, “para os fins desta Lei, considera-se”:

“XI - Administração Pública - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas;

⁶²¹ TEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 178.

⁶²² MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99**. 4ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 331.

⁶²³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo Administrativo (Comentários à Lei 9.784 de 29/1/1999)**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 233.

⁶²⁴ PRATES, Marcelo Madureira. **Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 204.

XII - Administração - órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente”.

5.3.2.1 A interpretação literal

Portanto, a primeira leitura que se faz é a de que “o contratado inidôneo assim o será perante qualquer órgão público do país”.⁶²⁵ Já aquele que “for suspenso temporariamente será assim tratado perante os órgãos, entidades e unidades administrativas concernentes ao Poder Público que lhe aplicou a sanção”.⁶²⁶ Esse é o pensamento de Márcia Walquíria Batista dos SANTOS.⁶²⁷ Também é esse o mais recente entendimento do Tribunal de Contas da União:

“9.4.1. a penalidade de suspensão temporária/impedimento de contratar, prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993, incide sobre a Administração, isto é, somente em relação ao órgão ou à entidade contratante, nos termos em que decidiu o Tribunal no Acórdão 3243/2012-Plenário”.⁶²⁸

Assim, se, por exemplo, aquele teve aplicada contra si a pena de suspensão do seu direito de licitar pela Universidade Federal do Paraná, uma autarquia federal, estará impedido de licitar com qualquer órgão da União, inclusive das unidades integrantes da administração federal indireta (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista). Por outro lado, aquele que foi declarado inidôneo em sanção aplicada pelo Ministro da Educação estará impedido de licitar com qualquer órgão da União, Estados e Municípios, incluindo as respectivas unidades integrantes da administração indireta.

Esse pensamento é partilhado por Eduardo Rocha DIAS⁶²⁹, Jessé Torres PEREIRA JÚNIOR⁶³⁰, Toshio MUKAI⁶³¹, Lucas Rocha FURTADO⁶³², Maria Sylvia

⁶²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella *et al.* **Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos**. 5^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 338.

⁶²⁶ *Ibid.*, p. 338.

⁶²⁷ *Ibid.*, p. 338.

⁶²⁸ TCU, Plenário, TC-033.867/2011-9, Acórdão 3439/2012, rel. Min. Valmir Campelo, DOU. 17/12/2012.

⁶²⁹ DIAS, Eduardo Rocha. **Sanções Administrativas aplicáveis a Licitantes e Contratados**. São Paulo: Dialética, 1997. p. 105.

⁶³⁰ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública**. 7^a. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 857-859.

⁶³¹ MUKAI, Toshio. **Licitações e Contratos Administrativos**. 7^a. ed. Saraiva: São Paulo, 2006. p. 197.

⁶³² FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 451.

Zanella DI PIETRO⁶³³, Daniel FERREIRA⁶³⁴ e Floriano de Azevedo MARQUES NETO.⁶³⁵ Além da interpretação literal dos artigos 87 e 6º da Lei 8.666/93, MARQUES NETO embasa seu raciocínio no princípio da moralidade e razoabilidade:

“O princípio da moralidade, pois, não é compatível com qualquer padrão moral que alguém seja tido por inidôneo em um município mas seja aceito como perfeitamente idôneo no município vizinho. Mesmo porque os dez quilômetros ou a ponte que – por hipótese – separem estas cidades não têm o condão de escoimar os vícios de idoneidade de ninguém. Também estaríamos a violar o princípio da razoabilidade, pois é de todo irrazoável anuir com a contradição essencial: ser e não ser uma mesma coisa, ter e, ao mesmo tempo, não ter uma qualidade essencial. Diga-se o que disser, mas nunca será razoável ser idôneo aqui e inidôneo acolá”.⁶³⁶

A tese sufragada por MARQUES NETO aproxima-se de um já superado Direito Penal do autor, no qual, segundo ROXIN, “a pena se vincula à personalidade do autor”.⁶³⁷ Sabe-se, porém, que à luz do moderno Direito Penal do fato, “a sanção representa apenas a resposta ao fato individual, e não a toda a condução da vida do autor ou aos perigos que no futuro se esperam do mesmo”.⁶³⁸ Caso contrário, por coerência, a lei também deveria prever que o profissional declarado inidôneo não pode votar, ser votado etc.

A inidoneidade não adere ao profissional de tal maneira que, após a declaração, essa passe a ser a sua natureza: um ser inidôneo. A declaração de inidoneidade é apenas uma sanção, cujas consequências são aquelas descritas na lei, dispensando-se, numa análise jurídica acerca dos efeitos da pena, quaisquer considerações de natureza moral.

Outro argumento de Floriano MARQUES NETO é o de que “entendêssesmos nós que a suspensão e a inidoneidade, ambas, têm o mesmo âmbito de consequências, e chegaríamos ao absurdo de tornar as duas penalidades indiferenciadas”⁶³⁹, “o que

⁶³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 273.

⁶³⁴ FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 171.

⁶³⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Extensão das Sanções Administrativas de Suspensão e Declaração de Inidoneidade**. Boletim Licitação e Contratos, v. 10, p. 487-491, 1997. No julgamento do Recurso Especial 520.553 a 2ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça parece ter sufragado essa orientação (STJ, 2ª Turma, REsp 520.553/RJ, rel. Min. Herman Benjamin, DJ. 10/02/2011).

⁶³⁶ Ibid., p. 488.

⁶³⁷ ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria de delito**. 2ª. ed. Madrid: Civitas, 1997. p. 176. Tradução nossa.

⁶³⁸ Ibid., p. 176. Tradução nossa.

⁶³⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Extensão das Sanções Administrativas de Suspensão e Declaração de Inidoneidade**. Boletim Licitação e Contratos, v. 10, p. 489, 1997.

não é possível na medida em que – como é sabido – o legislador não distingue coisas iguais”.⁶⁴⁰

O argumento é correto, mas não serve para refutar a interpretação aqui defendida, em que a suspensão e a inidoneidade têm alcances distintos, com a primeira se restringindo à unidade administrativa que celebrou o contrato específico e, a segunda, ao respectivo ente da federação. Serve, sim, para afastar a orientação do Superior Tribunal de Justiça, a ser exposta adiante, que elevou a suspensão ao mesmo patamar da inidoneidade.

O terceiro e último argumento de MARQUES NETO é que o art. 97 da Lei 8.666/93 tipificou como crime “admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo”. Para ele, “sentido algum teria o tipo penal supra-aludido se a extensão da declaração de inidoneidade fosse restrita à esfera que a editou”.⁶⁴¹

Discorda-se. O art. 97 veicula um tipo penal em branco. A norma de remissão é o art. 87, IV. O alcance do art. 97 depende da interpretação que se der ao art. 87, IV, jamais o inverso. Caso se entenda que a declaração de inidoneidade é restrita ao ente da federação que impôs a penalidade, somente será crime admitir à licitação profissional ou empresa declarado inidôneo perante o próprio ente que, agora, o admite, em contradição com sua declaração anterior. Nesse cenário, não será crime admitir em São Paulo um licitante declarado inidôneo pelo Estado do Paraná, pois não houve declaração de inidoneidade para licitar perante o ente paulista.

5.3.2.2 A interpretação extensiva

Sabe-se que as normas incriminadoras ou punitivas devem ser interpretadas restritivamente.⁶⁴² Como ensina Miguel REALE JUNIOR, “a necessidade de punir, como fundamento da infligência de uma pena, tem como exigência a delimitação, em defesa dos direitos do cidadão, da área de incidência, de eficácia, da norma

⁶⁴⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Extensão das Sanções Administrativas de Suspensão e Declaração de Inidoneidade**. Boletim Licitação e Contratos, v. 10, p. 489, 1997.

⁶⁴¹ Ibid., p. 490.

⁶⁴² Nesse sentido: “há certo consenso de que se interpretam restritivamente as normas que instituem regras gerais, as que estabelecem benefícios, as punitivas em geral e as de natureza fiscal” (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6^a. ed. Saraiva: São Paulo, 2008. p. 121-122).

incriminadora”.⁶⁴³ É um corolário da garantia constitucional segundo a qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem previsão legal” (CF, art. 5º, XXXIX). A parte final do dispositivo permite antever que não apenas o crime deve estar detalhadamente previsto em lei, mas também a pena e todas as suas consequências. Nesse sentido, confira-se o magistério de Jorge de Figueiredo DIAS:

“Também relativamente à matéria das **consequências jurídicas do crime** vale a proibição de analogia em tudo quanto possa revelar-se desfavorável ao agente, isto é, no fundo, em tudo o que signifique restrição (acrescida) da sua liberdade no sentido mais compreensivo”.⁶⁴⁴

Contrariando frontalmente essa orientação, tem sido frequente o entendimento de que tanto a sanção de suspensão quanto à declaração de inidoneidade não produzem efeitos somente perante o ente federado que as impuseram, mas perante toda a Administração Pública. Na origem, está uma decisão do Superior Tribunal de Justiça, que assim dispôs:

“ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – LICITAÇÃO – SUSPENSÃO TEMPORÁRIA – DISTINÇÃO ENTRE ADMINISTRAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - INEXISTÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE LICITAÇÃO PÚBLICA – LEGALIDADE – LEI 8.666/93, ART. 87, INC. III.

- É irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração, por isso que ambas as figuras (suspensão temporária de participar em licitação (inc. III) e declaração de inidoneidade (inc. IV) acarretam ao licitante a não-participação em licitações e contratações futuras.

- A Administração Pública é una, sendo descentralizadas as suas funções, para melhor atender ao bem comum.

- A limitação dos efeitos da “suspensão de participação de licitação” não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública.

- Recurso especial não conhecido”.⁶⁴⁵

Este precedente, que constitui fundamento de outra decisão do STJ no mesmo

⁶⁴³ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal: Parte Geral**. 3ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 36.

⁶⁴⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: Parte Geral, tomo I**. 1ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 193.

⁶⁴⁵ STJ, 2ª Turma, REsp nº 151.567/RJ, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ. 14/04/03.

sentido⁶⁴⁶, ampara-se no magistério de Marçal JUSTEN FILHO, segundo o qual:

“Se um determinado sujeito apresenta desvios de conduta que o inabilitam para contratar com a Administração Pública, os efeitos dessa penalidade se estendem a qualquer órgão. Nenhum órgão da Administração Pública pode contratar com aquele que teve o seu direito de licitar ‘suspense’. A menos que lei posterior atribua contornos distintos à figura do inc. III, essa é a conclusão que se extrai da atual disciplina legislativa”⁶⁴⁷.

Nesse ponto, o autor parecer partilhar do pensamento de Floriano de Azevedo MARQUES NETO acerca da inidoneidade, ampliando-o para a suspensão. Insista-se, porém, que “a sanção representa apenas a resposta ao fato individual, e não a toda a condução da vida do autor ou aos perigos que no futuro se esperam do mesmo”⁶⁴⁸. Nesse sentido, a declaração de inidoneidade e a suspensão apenas podem sujeitar o condenado às consequências expressamente descritas na lei. Se um sujeito punido com suspensão não merece contratar com todo e qualquer órgão público, é a lei que deve dizer isso. A extensão da pena não pode ser definida a partir das convicções pessoais do intérprete, mesmo que elas sejam as mais sensatas.

Adiante, Marçal JUSTEN FILHO cita decisão do Tribunal de Contas da União que, sufragando a interpretação literal anteriormente exposta, destaca “três fortes argumentos para combater a tese”⁶⁴⁹ por ele sustentada. Disse o TCU, em primeiro lugar:

“... As sanções elencadas no art. 87 da Lei nº 8.666/93 encontram-se em escala gradativa de gravidade: advertência, multa, suspensão do direito de licitar e declaração de inidoneidade. Percebe-se a intenção do legislador de distinguir as duas últimas figuras, de forma a permitir ao administrador que penalize uma falta não tão grave apenas com a suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração, por prazo não superior a dois anos. Por outro lado, a sanção mais grave seria declarar o licitante inidôneo para contratar

⁶⁴⁶ STJ, 2ª Turma, REsp nº 174.274/SP, rel. Min. Castro Meira, DJ. 22/11/04. Recentemente, a 2ª. parece ter reiterado esse entendimento (STJ, 2ª. Turma, RMS 32.628/SP, rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ. 14/09/2011), embora outro precedente em sentido diverso permita afirmar que não existe um posicionamento claro sobre a matéria (STJ, 2ª Turma, REsp 520.553/RJ, rel. Min. Herman Benjamin, DJ. 10/02/2011).

⁶⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11ª. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 623.

⁶⁴⁸ ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría de delito**. 2ª. ed. Madrid: Civitas, 1997. p. 176. Tradução nossa.

⁶⁴⁹ TCU, Plenário, TC-016.737/1999-7, Decisão 36/2001, rel. Min. Walton Alencar, Guimarães j. 07/02/2011.

com a Administração Pública”.⁶⁵⁰

O segundo argumento do TCU é que:

“... Tais dispositivos cuidam de restrição de direitos, pelo que devem ser interpretados de forma restritiva. Não se permite estender a lei penal, aplicá-la por analogia ou paridade, reprimindo ações e aplicando penas sem fundamento legal específico e prévio. A impropriedade de termos ou lapso na redação não se presume, deve ser demonstrada cabalmente, sob pena de se praticar a injustiça”.⁶⁵¹

Por fim, afirma o TCU:

“... O art. 97 da Lei comprova a diversidade de abrangência das duas sanções, suspensão do direito de licitar e declaração de inidoneidade. É crime ‘admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo’, para o qual existem penas de detenção de 6 meses a 2 anos e multa. ‘Essa constatação ratifica o entendimento de que o impedimento de licitar ou contratar com alguém apenado com a sanção do art. 87, inciso III, restringe-se ao órgão ou entidade que aplicou a sanção, já que não há quaisquer óbices a que outros órgãos venham a fazê-lo’”.⁶⁵²

Após expor esses fundamentos, Marçal JUSTEN FILHO afirma que:

“... não discorda do raciocínio adotado pelo TCU. Sua ressalva relaciona-se com a impossibilidade material de identificar os pressupostos práticos de imposição das sanções, o que conduz ao impasse sobre a avaliação da gravidade da sanção. Se é impossível determinar os pressupostos de aplicação das duas sanções, como será possível afirmar que uma se destina a punir condutas mais graves do que a outra? Essa pergunta não encontra resposta no cenário atual”.⁶⁵³

Portanto, segundo o autor o que impediria a diferenciação entre as sanções de suspensão e inidoneidade seria a falta de previsão na lei quanto aos motivos determinantes da aplicação de cada uma delas. Ou seja: como a lei não esclarece as hipóteses em que tais penas serão aplicadas, não é possível inferir qual das duas penas

⁶⁵⁰ TCU, Plenário, TC-016.737/1999-7, Decisão 36/2001, rel. Min. Walton Alencar, Guimarães j. 07/02/2011.

⁶⁵¹ TCU, Plenário, TC-016.737/1999-7, Decisão 36/2001, rel. Min. Walton Alencar, Guimarães j. 07/02/2011.

⁶⁵² TCU, Plenário, TC-016.737/1999-7, Decisão 36/2001, rel. Min. Walton Alencar, Guimarães j. 07/02/2011.

⁶⁵³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11^a. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 624.

é destinada aos casos mais graves e, conseqüentemente, qual das duas penas é a mais grave.

Nesse ponto, entende-se que JUSTEN FILHO contradiz seu pensamento, pois, em outra passagem, afirmou que:

“O que se pode inferir, da sistemática legal, é que a declaração de inidoneidade é mais grave do que a suspensão temporária do direito de licitar – logo, pressupõe-se que aquela é reservada para infrações de maior reprovabilidade do que esta”.⁶⁵⁴

Como efeito, o princípio da proporcionalidade da pena pressupõe “a cominação de penas criminais conforme a *natureza e extensão* do dano social produzido pelo crime”⁶⁵⁵, ensina Juarez Cirino dos SANTOS. Portanto, ainda que a lei não defina as hipóteses de incidência, é possível inferir que a declaração de inidoneidade é destinada às condutas mais graves, porque é uma pena mais grave. Tanto é assim que a suspensão está limitada a dois anos. A declaração de inidoneidade não. Ademais, na declaração de inidoneidade o prazo para defesa é maior e sua aplicação compete exclusivamente ao “Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso” (Lei 8.666/93, art. 87, §3º), ou seja, compete a autoridades mais graduadas.

Ora, se a interpretação das normas sancionadoras é restritiva; se a lei utiliza expressões diversas, com sentido próprio, para delimitar a extensão das penas (administração x administração pública); se a gravidade das penas é distinta; e, finalmente, se o prazo de defesa e, sobretudo, a autoridade competente para aplicá-las são diversos, realmente não se concebe como é possível igualar as sanções de suspensão e de inidoneidade.

É compreensível que se pense que “a limitação dos efeitos da ‘suspensão de participação de licitação’ não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública”⁶⁵⁶, mas tal pensamento depende da indispensável previsão legal, como exige o art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, para que, então, possa ser aplicado.

⁶⁵⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11ª. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 623.

⁶⁵⁵ SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal: parte geral**. 2ª. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Júris, 2007. p. 28.

⁶⁵⁶ STJ, 2ª Turma, REsp nº 151.567/RJ, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ. 14/04/03.

5.3.2.2.1 A necessária interpretação extensiva, por coerência, também no tocante ao regime jurídico aplicável

Não obstante, caso se entenda que a suspensão do direito de licitar sujeita o particular às mesmas consequências da declaração de inidoneidade, é imprescindível que se lhe reconheça o mesmo regime jurídico, aplicando-se a ela o parágrafo 3º, do art. 87, da Lei 8.666/93, que dispõe:

“A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação”.

Seguindo essa linha de raciocínio, também será da competência exclusiva do Ministro ou Secretário, conforme o caso, a imposição da sanção de suspensão do direito de licitar e impedimento de contratar, previsto no art. 87, III, da Lei 8.666/93. Isso porque a atribuição de competência à autoridade de maior porte funciona como uma garantia do particular, conforme ensina Carlos Ari SUNDFELD: “reservam-se as sanções graves a autoridades de maior porte, com isso protegendo os particulares contratados pela Administração”.⁶⁵⁷ No mesmo sentido, confira-se o magistério de Vera SCARPINELLA a propósito do impedimento de licitar Lei nº 10.520/02:

“Por fim, por ausência de previsão expressa na Lei 10.520 e para o fim de colmatar uma lacuna no tema, também é aplicável ao regime sancionatório do pregão o art. 87, §3º, da Lei 8.666, segundo o qual somente agentes políticos, com exclusividade, têm competência para imposição de tal sanção. Logo, o impedimento de contratar não pode ser aplicado pelos dirigentes ou servidores de pessoas da Administração indireta, os quais deverão, se apurada falta que a justifique, encaminhar o assunto para decisão aos agentes apontados”.⁶⁵⁸

Note-se que raciocínio idêntico foi adotado pelo STJ em relação à prerrogativa de foro nas ações de improbidade contra agentes políticos. Se os artigos 102, I, “b” e “c”, e 105, I, “a”, da Constituição Federal estabelecem tal prerrogativa para

⁶⁵⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 118.

⁶⁵⁸ SCARPINELLA, Vera. **Licitação na Modalidade de Pregão**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 165.

determinadas autoridades, em ações cujo resultado pode ser a perda do cargo, o foro das ações de improbidade deve ser o mesmo, já que podem conduzir ao mesmo desfecho. Trata-se do que o STJ denominou de *competência implícita complementar*, ditada por *fundamentos de natureza sistemática e imposição lógica de coerência interpretativa*:

“CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA. AÇÃO DE IMPROBIDADE CONTRA GOVERNADOR DE ESTADO. DUPLO REGIME SANCIONATÓRIO DOS AGENTES POLÍTICOS: LEGITIMIDADE. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO: RECONHECIMENTO. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO STJ. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA RECLAMAÇÃO.

1. Excetuada a hipótese de atos de improbidade praticados pelo Presidente da República (art. 85, V), cujo julgamento se dá em regime especial pelo Senado Federal (art. 86), não há norma constitucional alguma que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de qualquer das sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4.º. Seria incompatível com a Constituição eventual preceito normativo infraconstitucional que impusesse imunidade dessa natureza.

2. Por decisão de 13 de março de 2008, a Suprema Corte, com apenas um voto contrário, declarou que “compete ao Supremo Tribunal Federal julgar ação de improbidade contra seus membros” (QO na Pet. 3.211-0, Min. Menezes Direito, DJ 27.06.2008). Considerou, para tanto, que a prerrogativa de foro, em casos tais, decorre diretamente do sistema de competências estabelecido na Constituição, que assegura a seus Ministros foro por prerrogativa de função, tanto em crimes comuns, na própria Corte, quanto em crimes de responsabilidade, no Senado Federal. Por isso, “seria absurdo ou o máximo do contra-senso conceber que ordem jurídica permita que Ministro possa ser julgado por outro órgão em ação diversa, mas entre cujas sanções está também a perda do cargo. Isto seria a desestruturação de todo o sistema que fundamenta a distribuição da competência” (voto do Min. Cezar Peluso).

3. Esses mesmos fundamentos de natureza sistemática autorizam a concluir, por imposição lógica de coerência interpretativa, que norma infraconstitucional não pode atribuir a juiz de primeiro grau o julgamento de ação de improbidade administrativa, com possível aplicação da pena de perda do cargo, contra Governador do Estado, que, a exemplo dos Ministros do STF, também tem assegurado foro por prerrogativa de função, tanto em crimes comuns (perante o STJ), quanto em crimes de responsabilidade (perante a respectiva Assembléia Legislativa). É de se reconhecer que, por inafastável simetria com o que ocorre em relação aos crimes comuns (CF, art. 105, I, a), há, em casos tais, competência implícita complementar do Superior Tribunal de Justiça.

4. Reclamação procedente, em parte”.⁶⁵⁹

⁶⁵⁹ STJ, Corte Especial, Rcl. n° 2790, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, unânime, DJ. 04/03/2010. No mesmo sentido: STJ, Corte Especial, Rcl n° 4927, Rel. Min. Felix Fischer, unânime, DJ. 29/06/2011.; STJ, 2ª Turma, REsp n° 1235952, Rel. Min. Herman Benjamin, unânime, DJ. 15/06/2011; STJ, 1ª Turma, AgRg no Ag n° 1404254/RJ, rel. Min. Benedito Gonçalves, DJ. 27/10/2011, unânime; TRF4, 4ª Turma, AI n° 5006056-63.2010.404.0000, rel. Des. Federal Marga Inge Barth Tessler, unânime, D.E. 08/04/2011.

O que não se admite, embora isso ocorra com frequência, é reservar para o apenado com a suspensão o pior dos dois regimes: a falta de garantias de um e a gravidade da pena do outro.

5.3.2.3 A interpretação sistemática: o nosso posicionamento

Segundo o art. 5º, LIII, da Constituição Federal, “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Ao definir a competência para a declaração de inidoneidade, o art. 87, §3º, da Lei 8.666/93 preceitua que ela será “exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso (...)”.

Suponha-se, porém, que uma empresa contratada pelo Supremo Tribunal Federal tenha se comportado de modo inidôneo. Competirá ao Ministro de Estado, auxiliar do Presidente da República (CF, art. 76), a declaração de inidoneidade? É evidente que não, sob pena de ofensa à autonomia administrativa do Poder Judiciário (CF, art. 99). Esse singelo exemplo demonstra a necessidade de interpretar-se sistematicamente os dispositivos da Lei 8.666/93 no que tange às sanções administrativas.

Quando a Lei 8.666/93 utiliza a expressão administração pública, por vezes ela estará se referindo ao Poder Executivo. Caso contrário, seria desnecessária a previsão contida no art. 117, no sentido de que “as obras, serviços, compras e alienações realizados pelos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Tribunal de Contas regem-se pelas normas desta Lei, no que couber, nas três esferas administrativas”. O inciso IV do art. 87 é uma dessas ocasiões em que a lei se refere a administração pública como sinônimo de Poder Executivo. Daí mencionar-se no §3º apenas autoridades próprias desse Poder, cabendo aos demais aplicar o citado dispositivo, “no que couber”.

E é natural que assim seja, pois seria inconcebível que um Ministro de Estado impusesse penalidade cujos efeitos se estendessem para além de sua esfera de competência. Como se demonstrou acima, a partir do ensinamento de Marcelo Madureira PRATES, um dos limites materiais à imposição de sanções administrativas é a pertinência entre a pena imposta e as atribuições desempenhadas pela autoridade que a aplica, “de maneira que a autoridade administrativa sancionadora somente possa

restringir direitos que estejam relacionados à esfera das suas competências”.⁶⁶⁰ Isso significa que um Ministro de Estado não pode impor a um profissional sanção que o impeça de contratar, por exemplo, com o Poder Judiciário. Não lhe compete interferir nas contratações realizadas por outro Poder.

É o que se depreende da doutrina de Toshio MUKAI a propósito da suspensão do direito de licitar:

“De modo algum se pode entender que aquela sanção possa ter o condão de ter eficácia perante qualquer órgão ou entidade pública que promova licitação. É que os efeitos jurídicos da sanção aplicada estão indissolavelmente atrelados, sendo mesmo produtos dela, à competência do agente que aplica a sanção. Ou seja: o efeito sancionatório não pode ir além do âmbito da competência do agente público aplicador da sanção”.⁶⁶¹

Contraditoriamente, MUKAI sufraga a interpretação literal já exposta, admitindo que a declaração de inidoneidade “tem abrangência geral”.⁶⁶² Calha indagar: se o efeito sancionatório não pode ir além do âmbito da competência do agente, como um Secretário Municipal pode aplicar pena que interfira nas contratações da União? O paradoxo é manifesto.

Por essa razão é que, voltando ao exemplo inicial, entende-se que aquele que teve aplicada contra si a pena de suspensão do seu direito de licitar pela Universidade Federal do Paraná, uma autarquia federal, estará impedido de licitar apenas com a própria Universidade Federal do Paraná. Essa conclusão está em consonância com a organização do Estado brasileiro, pois a Universidade goza de autonomia administrativa (CF, art. 207) e, portanto, seus gestores têm competência para definir aqueles com quem contratarão. Essa conclusão também está em perfeita harmonia com o art. 87, III, da Lei 8.666/93, segundo o qual a pena de suspensão impede de licitar e contratar com a administração, assim entendida como “órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente” (art. 6º, XII). A unidade que atuou concretamente no exemplo adotado foi a Universidade, logo, os efeitos da sanção se restringem a ela. Georges

⁶⁶⁰ PRATES, Marcelo Madureira. **Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 125.

⁶⁶¹ MUKAI, Toshio. **Licitações e Contratos Administrativos**. 7ª ed. Saraiva: São Paulo, 2006. p. 197.

⁶⁶² Ibid., p. 197. A mesma contradição é observada em: FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 171.

Louis Hage HUMBERT concorda com esse pensamento.⁶⁶³

Por outro lado, aquele que foi declarado inidôneo em sanção aplicada pelo Ministro da Educação estará impedido de licitar com qualquer órgão da administração pública federal, direta e indireta. Primeiro, porque assim dispõe a Lei 8.666/93 (art. 87, IV c/cart. 6º, X). Segundo, porque esse é o limite da competência que detém na condição de auxiliar do Presidente da República (CF, art. 76).

A distinção é clara e lógica. Quando a sanção ficar restrita a determinada unidade administrativa, será aplicada em seu próprio âmbito. Quando alcançar todas as unidades de determinado Poder, será aplicada pelo Ministro ou Secretário, conforme o caso. Como bem observa Carlos Ari SUNDFELD, é a elevação da autoridade que viabiliza “a extensão dos efeitos da sanção a todos os entes da mesma Administração Pública, federal, estadual, distrital ou municipal, conforme o caso”.⁶⁶⁴

Além do próprio SUNDFELD, outro que corrobora esse entendimento é Hely Lopes MEIRELLES:

“A inidoneidade só opera efeitos em relação à Administração que a declara, pois que, sendo uma restrição a direito, não se estende a outras Administrações. Assim, a declaração de inidoneidade feita pela União, pelo Estado ou pelo Município só impede as contratações com as entidades e órgãos de cada uma dessas entidades estatais, e se declarada por repartições inferiores só atua no seu âmbito e no de seus órgãos subordinados”.⁶⁶⁵

No mesmo sentido, Joel de Menezes NIEBUHR afirma que:

“Além do argumento concernente ao princípio da legalidade, deve-se apreender a questão também sob a ótica do princípio federativo e da consequente autonomia administrativa dos entes federativos, prescrições encartadas nos artigos 1º e 18 da Constituição Federal. Em virtude de tais preceitos, cumpre concluir que um ente federativo não pode ser obrigado a aceitar penalidade imposta por outro. Isto é, um Estado goza de autonomia administrativa, pelo que não está vinculado à decisão administrativa tomada por autoridade de outro Estado, como ocorre com a declaração de inidoneidade. Nesse passo, os efeitos da declaração de inidoneidade são restritos

⁶⁶³ HUMBERT, Georges Louis Hage. **Âmbito de incidência da sanção de suspensão dos direitos de licitar**. In: CAMMAROSANO, Márcio; HUMBERT, Georges Louis Hage. *Direito Público: estudos e pareceres*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 186.

⁶⁶⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 118.

⁶⁶⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 12ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 231.

ao âmbito do ente político que a aplicou”.⁶⁶⁶

NIEBUHR prossegue, asseverando que:

“O mesmíssimo argumento vale sob as luzes da separação de poderes, princípio fundamental da Constituição Federal encartado no art. 2º da Constituição Federal. Ora, os poderes legislativo, judicial e executivo são independentes e harmônicos, por efeito do que se reconhece a eles, em uníssono, autonomia administrativa. O mesmo vale para o Ministério Público, que, a teor do §2º do art. 127 da Constituição Federal goza de autonomia administrativa. Por via de conseqüência, um poder não pode ser compelido a aceitar penalidade administrativa imposta por outro. Significa dizer que a declaração de inidoneidade imposta por um Poder não atinge nem se estende sobre os demais, ainda que pertencentes ao mesmo ente federativo”.⁶⁶⁷

A esse respeito, assim decidiu o Tribunal Regional Federal da 2ª. Região:

“ADMINISTRATIVO. LEI 8.666/93. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE. EFICÁCIA DENTRO DA ESFERA DA QUAL SE ORIGINOU. - A declaração de inidoneidade imposta por determinado ente político a pessoa jurídica, impedindo-a de contratar com o Poder Público, não pode vincular as demais entidades estatais, sob pena de violação ao princípio federativo, inserto no artigo 18 da CF/88. - No caso, sendo a declaração de inidoneidade ato administrativo do Chefe do Poder Executivo do Estado, só terá eficácia dentro da esfera estadual, não vinculando os demais entes federativos”.⁶⁶⁸

E não se objete que esse raciocínio fomenta a impunidade, dificulta o combate à corrupção ou deixa o poder público vulnerável aos maus prestadores de serviços. Esse raciocínio é o que mais se harmoniza ao texto da Lei 8.666/93 e às normas constitucionais de repartição de competência, além de propiciar que cada órgão público afaste os contratantes indesejados de sua esfera de atuação.

Caso se entenda que determinado prestador de serviço não reúne condições de contatar com nenhum órgão público, em virtude de condutas inidôneas que praticou, o ordenamento jurídico oferece como alternativa a Lei 8.429/92, também conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, que prevê entre suas sanções a “proibição

⁶⁶⁶ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 985.

⁶⁶⁷ Ibid., p. 985.

⁶⁶⁸ TRF2, 4ª. Turma, AMS 199902010452579, rel. Des. Fernando Marques, DJ. 22/02/2001. No mesmo sentido:.

de contratar com o Poder Público” por até 10 anos (art. 12). Imposta pelo Poder Judiciário e coberta pelo manto da coisa julgada, não haverá sombra de dúvidas acerca da abrangência geral dessa sanção a todos os Poderes e entidades federadas.

O que não se pode admitir é que as sanções impostas pelo Poder Judiciário - em processo conduzido por Juiz imparcial, equidistante, inamovível, vitalício e cuja decisão está sujeita a revisão por um Colegiado dotado das mesmas garantias - possam ser moduladas e restritas a um só órgão. E que, por outro lado, qualquer penalidade de suspensão ou inidoneidade aplicada por autoridade demissível *ad nutum*⁶⁶⁹ de qualquer esfera produza o efeito automático e incontornável de impedir que o condenado celebre contratos administrativos em todo país.

Como decidiu o Superior Tribunal de Justiça em ação de improbidade administrativa:

“2. Constatada a demasia nas sanções administrativas aplicadas às empresas, merecem acolhida os embargos de declaração, para readequá-las às condutas examinadas.

3. Proibição de contratar com o serviço público que deve restringir-se, para a empresa ODEBRECHT S.A. às avenças com a empresa LIMPURB, diante do fato de só ter participado de três aditamentos, nenhum deles para inserir serviços sem licitação. Pela mesma razão, a vedação ao recebimento de benefícios e incentivos deve ficar restrito ao Município de São Paulo.

4. Aceita-se ainda a moderação para a empresa CBPO LTDA., para limitar a sanção quanto à contratação com o serviço público e ao recebimento de benefícios e incentivos ao Município de São Paulo”.⁶⁷⁰

Ora, se mesmo uma empresa condenada com fundamento na Lei 8.429/92, que segundo o próprio STJ, “visa a resguardar os princípios da administração pública sob o prisma do combate à corrupção, da imoralidade qualificada e da grave desonestidade funcional”⁶⁷¹, pode continuar licitando e contratando com o Poder Público, cai por terra o argumento invocado pelo STJ para estender à suspensão as

⁶⁶⁹ Rememore-se, por oportuno, que para Paulo OTERO: “Transformado o administrador-juiz em criador da norma que, num momento imediatamente subsequente, irá aplicar, verifica-se que o surgimento do Direito Administrativo ocorre num cenário em que o executivo decide em causa própria os litígios entre a Administração e os administrados, definindo também as regras materiais reguladoras da decisão do litígio. O Direito Administrativo nasce ‘estigmatizado’ por uma genérica suspeita de parcialidade, tal como a criação de uma jurisdição no interior da própria Administração, integrando juízes sem autonomia ou independência face ao poder executivo, suscita idêntica apreensão: juiz administrativo e Direito Administrativo partilham uma origem alheia ao princípio da imparcialidade” (OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 279).

⁶⁷⁰ STJ, 2ª Turma, EDcl no REsp nº 1.021.851/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ. 06/08/2009.

⁶⁷¹ STJ, 2ª Turma, REsp 1089911/PE, Rel. Min. Castro Meira, DJ. 25/11/2009.

mesmas consequências da inidoneidade, qual seja, o de que “os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública”.⁶⁷²

Por todo o exposto, entende-se que a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, prevista no art. 87, III, da Lei 8.666/93, restringe-se ao órgão, entidade ou unidade administrativa que aplicou a sanção. A declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, prevista no art. 87, IV, abrange todos os órgãos ou unidades integrantes do Poder do respectivo ente da federação que aplicou a pena.

5.3.3 O impedimento previsto nas leis do Pregão e do RDC

O art. 7º da Lei 10.520/2002 e o art. 47 da Lei 12.462/2011 veiculam a sanção de impedimento “de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios”. Para Marçal JUSTEN FILHO, “a utilização da preposição ‘ou’ indica disjunção, alternatividade. Isso significa que a punição terá efeitos na órbita interna do ente federativo que aplicar a sanção”.⁶⁷³ Em sentido diverso, Vera SCARPINELLA sustenta:

“O licitante que cometer quaisquer das infrações previstas no art. 7º da lei e for sancionado por um dado Município, por exemplo, carrega consigo a sanção para quaisquer outros pregões de que pretenda participar em todas as esferas administrativas”.⁶⁷⁴

Em consonância com o entendimento manifestado a respeito da Lei 8.666/93, nosso entendimento é o de que o impedimento de licitar abrange todos os órgãos ou unidades integrantes do Poder do respectivo ente da federação que aplicou a pena, desde que aplicados por Ministro de Estado, Secretário ou autoridade equivalente. Caso contrário, restringir-se-á ao órgão, entidade ou unidade administrativa que aplicou a sanção.

⁶⁷² STJ, 2ª Turma, REsp nº 151.567/RJ, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ. 14/04/03.

⁶⁷³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão (Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico)**. 5ª. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 252.

⁶⁷⁴ SCARPINELLA, Vera. **Licitação na Modalidade de Pregão**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 165.

CONCLUSÃO

O Direito Administrativo Sancionador brasileiro ainda hoje conserva alguns traços *pré-beccarianos*⁶⁷⁵, expressão de GARCÍA DE ENTERRÍA que alude ao Marquês de Beccaria (1738-1794), autor do clássico *Dos delitos e das penas*, que prestou notável contribuição à humanidade ao pugnar, por exemplo, pela clareza das leis punitivas e pela moderação das penas.⁶⁷⁶ O presente estudo, na esteira de outros que já vêm sendo desenvolvidos há mais de uma década, teve o objetivo de contribuir modestamente para a superação desse cenário.

O objeto escolhido foi as licitações e contratos administrativos por seu impacto econômico, social e, especialmente, pela completa ausência de sistematicidade na apuração das infrações e na aplicação das sanções, sempre influenciadas por uma concepção autoritária do Direito Administrativo e do exercício do poder.

A história do Direito Administrativo, ramo do Direito que regula o exercício da função administrativa pelos diversos Poderes do Estado, é a história da paulatina evolução de um direito criado pela e para a administração e que atualmente deve ser também um direito dos cidadãos. Embora nascido da Revolução Francesa, a origem do Direito Administrativo não observou os ideais iluministas de separação dos poderes, de criação do direito pelo Poder Legislativo e de um Poder Judiciário que se limitasse a proclamar as palavras da lei. Subtraindo-se à jurisdição e ao direito comum, a administração pública francesa criou o seu próprio direito a partir das decisões que proferia nos conflitos com os cidadãos. Foi preciso muito esforço para que, enfim, a administração passasse a submeter à legislação e a admitir o controle dos seus atos por um Poder independente. Aliás, atualmente com frequência a administração pública tenta se ver livre das exigências próprias do seu regime jurídico, buscando para si o regime de direito privado sem, no entanto, abdicar de suas prerrogativas.

Não obstante, o Direito Administrativo Sancionador, ramo do Direito Administrativo relacionado à apuração de infrações e à aplicação de sanções administrativas, não evoluiu com a mesma intensidade. A teorização a respeito das

⁶⁷⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**, vol. 2. 9ª ed. Madrid: Civitas, 2004. p. 167.

⁶⁷⁶ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**. 4ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 228.

relações de especial sujeição é uma evidência disso, pois serve como válvula de escape para justificar a inobservância de direitos fundamentais que, supõe-se, emperrariam o bom funcionamento da máquina pública. Outro aspecto que, entende-se, contribuiu para a persistência de alguns traços *pré-beccarianos* no Direito Administrativo Sancionador foi a antiga disputa acerca da natureza dos delitos e das infrações administrativas. Na medida em que se sustentava que ao Direito Penal caberia velar pelos valores mais caros à sociedade e que ao Direito Administrativo Sancionador restaria a proteção de interesses secundários, este foi relegado a um segundo plano. Além disso, o mito de que as sanções administrativas são menos graves do que as sanções penais propiciou a transformação do Direito Administrativo Sancionador em uma espécie território livre da administração, infenso às garantias fundamentais. O próprio Direito Penal contribuiu em alguma medida para isso ao esforçar-se para preservar o discurso garantista naquilo que lhe parecia essencial, abandonando áreas que não lhe interessavam.

Ocorre que, hoje, precisamente como forma de fugir às garantias do Direito Penal, o Estado tem criado infrações administrativas de toda ordem, bem como sanções administrativas cada vez mais graves. Tem-se, assim, penas tão ou mais graves que as aplicadas no processo criminal, mas mediante um regime jurídico bastante frágil.

Diante disso, e partindo do pressuposto de que o direito punitivo estatal é um só, e se manifesta de diversas formas, ora por meio de sanções penais, ora administrativas, tomou-se de empréstimo as sofisticadas contribuições teóricas do Direito Penal, mais especificamente da Teoria Geral do Delito, para aplicá-las às infrações administrativas. Concebeu-se, assim, um conceito estratificado de infração administrativa contemplando os seguintes elementos: a conduta, a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade. Tratando tais elementos como requisitos sem os quais não se configura uma infração, escapa-se de uma fluida principiologia e obtém-se como resultado um incremento da segurança jurídica no campo do direito sancionador. A exigência de que exista uma conduta omissiva ou comissiva como um dos requisitos para que se constate a ocorrência de uma infração é ponto fundamental para, por exemplo, evitar a responsabilização de terceiros que não concorreram para a infração nem poderiam evitá-la. A análise dos elementos conformadores da infração, bem como dos fins visados com a aplicação de uma pena, também serve para refrear tendências punitivas cujo único resultado seria oferecer uma resposta, ainda que seja a

resposta errada e jamais satisfaça a sociedade.

Por outro lado, sem atentar exclusivamente para as garantias do acusado, buscou-se adaptar os conceitos importados da Teoria Geral do Delito à realidade do Direito Administrativo Sancionador, de modo que este também seja um mecanismo eficiente de proteção da sociedade. Assim se deu, por exemplo, ao admitir-se a relativização do princípio da legalidade no tocante à tipificação das infrações, diante da constatação de que seria inviável exigir lei formal para este fim.

Por fim, foram analisadas as sanções administrativas em espécie, especialmente a polêmica atinente à extensão das penas de suspensão e declaração de inidoneidade. Partindo das limitações materiais inerentes às sanções administrativas, que não podem ir além do âmbito de competência daquele que as aplica, concluiu-se que tais sanções não podem produzir efeitos externos ao Poder ou à unidade em que foram exaradas. Conclusão essa que foi corroborada pela interpretação sistemática dos dispositivos legais.

Caso se entenda que determinado prestador de serviço não reúne condições de contatar com nenhum órgão público, em virtude de condutas inidôneas que praticou, o ordenamento jurídico oferece como alternativa a Lei 8.429/92, também conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, que prevê entre suas sanções a “proibição de contratar com o Poder Público” por até 10 anos (art. 12). Imposta pelo Poder Judiciário e coberta pelo manto da coisa julgada, não haverá sombra de dúvidas acerca da abrangência geral dessa sanção a todos os Poderes e entidades federadas.

BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo, vol. I.** 3^a. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

_____. **Curso de Direito Administrativo, vol. II.** Coimbra: Almedina, 2009.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ARAÚJO, Edmir Netto. **Curso de Direito Administrativo.** 5^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 7^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo.** 17^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional.** 2^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Ílícito Tributário (Notas Frias).** Revista de Direito Tributário, São Paulo, Malheiros, n. 62, p. 25.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo: vol. I, Introdução.** 3^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo.** 3^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição.** 6^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BENTHAM, Jeremias. **Teoria das Penas Legais.** São Paulo: Livraria Logos, s.d.

BIM, Eduardo Fortunato. **O mito da responsabilidade objetiva no Direito Ambiental Sancionador.** Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, vol. 5, p. 807 et seq., Mar. 2011.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização.** 2^a. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. A (ir)responsabilidade penal da pessoa jurídica – incompatibilidades dogmáticas. In: OSÓRIO, Fábio Medina (Coord.). **Direito Sancionador: sistema financeiro nacional.** Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. **Direito Penal das Licitações**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Tratado de Direito Penal: parte geral, vol. 1**. 8^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7^a ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo Administrativo (Comentários à Lei 9.784 de 29/1/1999)**. 4^a. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CEREZO MIR, José. **Derecho Penal: parte general**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Sanções Penais e Administrativas no Direito Espanhol**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 1, n. 2, abr./jun. 1993. p. 27/40

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 6^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. 3^a. ed. São Paulo: RT, 2011.

CORDEIRO, António Menezes. **Contratos Públicos: Subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro**. Coimbra: Almedina, 2007.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos**. Coimbra: Almedina, 2003.

COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.). **O Estado de Direito: história, teoria e crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

COUTO E SILVA, Almiro do. **Poder discricionário no Direito Administrativo Brasileiro**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Editora Renovar, n. 179/180, jan./jun.

DE PALMA DEL TESO, Ángeles. **El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador**. Madri: Tecnos, 1996.

DIAS, Eduardo Rocha. **Sanções Administrativas aplicáveis a Licitantes e Contratados**. São Paulo: Dialética, 1997.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: Parte Geral, tomo I**. 1^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23^a. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos**. 5^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DOTTI, René Ariel. **A incapacidade crimina da pessoa jurídica – (Uma perspectiva do Direito Brasileiro)**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, Editora Revista dos Tribunais, vol. 11, p. 184 et seq., Jul. 1995.

_____. **Curso de Direito Penal**. 4^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo Contrato Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 3^a. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Teoria Geral da Infração Administrativa a partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Tratado de derecho penal común vigente en Alemania**. 1^a. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Direito dos Licitantes**. 4^a. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

FORSTHOFF, Ernst. **Tratado de Derecho Administrativo**. Madrid: Instituto de Estudios Politicos, 1958.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: A Nova Parte Geral**. 8^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Direito Administrativo e Meio Ambiente**. 3^a. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo, vol. I**. 12^a ed. Madrid: Civitas, 2004.

_____. **Curso de Derecho Administrativo, vol. II**. 9^a ed. Madrid: Civitas, 2004.

GARRIDO FALLA, Fernando Garrido; OLMEDA, Alberto Palomar; GONZÁLEZ, Hermínio Losada. **Tratado de Derecho Administrativo, parte general, vol. I**. 15^a. ed. Madrid: Tecnos, 2010.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 1^a. ed. São Paulo: Forense, 1961.

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. **Fundamentos del Derecho Disciplinario Colombiano**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALES, Íñigo. **Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica Del Derecho Penal Administrativo**. 2^a. ed. Navarra: Arazandi/Thomson Reuters, 2010.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo, parte general, tomo I**. 8^a. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 9^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto**. 5^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUARAGNI, Fábio André. **As Teorias da Conduta em Direito Penal: Um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista**. 2^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GUEDES, Demian. **O Estado Democrático de Direito e os seus castigos: uma reavaliação do ato sancionador**. In: MEDAUAR, Odete; Schirato (org.). Os caminhos do ato administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **As sanções nos contratos administrativos e a inadequação do poder de polícia para justificá-las**. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte, ano 12, n.133, p. 32-39, jan. 2013.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

HUERGO LORA, Alejandro. **Las Sanciones Administrativas**. Madri: Iustel, 2007.

HUMBERT, Georges Louis Hage. **Âmbito de incidência da sanção de suspensão dos direitos de licitar**. In: CAMMAROSANO, Márcio; HUMBERT, Georges Louis Hage. Direito Público: estudos e pareceres. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HUNGRIA, Nelson. **Ilícito Administrativo e Ilícito Penal**. Revista de Direito Administrativo: Seleção Histórica. p. 15/21.

JÉZE, Gaston. **Principios Generales del Derecho Administrativo, vol. III**. Buenos Aires: Editorial DePalma, 1949.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11^a. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

_____. **Concessões de Serviços Públicos e as Multas por Inadimplemento do Concessionário**. Informativo de Licitações e Contratos (ILC) n° 100, p. 492/509, Curitiba, Zênite, Junho, 2002.

- _____. **Curso de Direito Administrativo**. 3^a. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. **Curso de Direito Administrativo**. 8^a. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- _____. **Pregão (Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico)**. 5^a. ed. São Paulo: Dialética, 2009.
- _____. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6^a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- _____. **Teoria Geral do direito e do Estado**. 4^a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- KNOPFHOLZ, Alexandre. **A Denúncia Genérica nos Crimes Econômicos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013.
- LEIZA ZUNINO, Pablo. **Contratos de la Administración Pública**. Montevideu: FCU, 2012.
- LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 7^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Extensão das Sanções Administrativas de Suspensão e Declaração de Inidoneidade**. Boletim Licitação e Contratos, v. 10, p. 487-491, 1997.
- MATTES, Heinz; MATTES, Herta. **Problemas de Derecho Penal Administrativo: Historia e Derecho Comparado**. Madrid: Edersa, 1979.
- MAYER, Max Ernst. **Derecho Penal: Parte General**. Montevideo/Buenos Aires: Editorial B de F, 2007.
- MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 14^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MÉDICI, Sérgio de Oliveira. **Teoria dos Tipos Penais: Parte Especial do Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 12^a. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Renato Geraldo. **Lei de Licitações e Contratos Anotada: Notas e Comentários à Lei n° 8.666/93**. 8ª ed. Curitiba: Zênite Editora, 2011.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Agências Administrativas, Poder Regulamentar e o Sistema Financeiro Nacional**. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. *Estudo de Direito Econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

_____.; BAGATIN, Andreia Cristina. **Contratos Administrativos, Direito à Greve e os “Eventos de Força Maior”**. Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 875, p. 41 et seq., Set. 2008.

_____. **Direito das Concessões de Serviço Público: Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

_____. **Desenvolvimento Econômico, Políticas Públicas e Pessoas Privadas (Passado, presente e futuro de uma perene transformação)**. Revista da faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, Sistema Eletrônicos de Revistas, n. 46, p. 75/100, 2007.

_____.; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública: A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação - RDC**. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Políticas Públicas e Parcerias: Juridicidade, Flexibilidade Negocial e Tipicidade na Administração Consensual**. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, Editora Renovar, n. 1, jan./mar. 2006. p. 108.

MOTTA, Fabrício. **A Função Normativa da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MUKAI, Toshio. **Licitações e Contratos Administrativos**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MUNÕZ CONDE, Francisco. **Teoria Geral do Delito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 4ª ed. Madrid: Tecnos, 2005.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. **Sanções Administrativas e Princípios de Direito Penal**. Revista dos Tribunais, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, vol. 775, p. 449 et seq., Mai. 2000.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Infrações e Sanções Administrativas**. 3^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta de. **Os Princípios da Razoabilidade e de Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 3^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública**. 7^a. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PRADO, Luis Regis. **Direito Penal Econômico**. 2^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PRATES, Marcelo Madureira. **Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia**. Coimbra: Almedina, 2005.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Nova Fase do Direito Moderno**. 2^a. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal: Parte Geral**. 3^a. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

REBOLLO PUIG, Manuel. **El Derecho Administrativo Sancionador**. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.). Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo: Obra em Homenagem a Eduardo García de Enterría. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____; IZQUIERDO CARRASCO, Manuel; ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía; BUENO ARMIJO, Antonio Maria. **Derecho Administrativo Sancionador**. Lex Nova: Valladolid, 2010.

RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. 3^a. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria de delito.** 2^a. ed. Madrid: Civitas, 1997.

SANTOS, Eduardo Sens dos. **Tipicidade, Antijuridicidade e Culpabilidade nas Infrações Administrativas.** *In:* Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 51, p. 229, Abr. 2005.

SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal: parte geral.** 2^a. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Júris, 2007.

SAYAGUES LASO, Enrique. **Tratado de Derecho Administrativo, vol I.** 3^a. ed. Montevideu: FCU, 2010.

SCARPINELLA, Vera. **Licitação na Modalidade de Pregão.** São Paulo: Malheiros, 2003.

SCARPONI, Rita Maria. **Direito Administrativo Sancionador: Princípio da Responsabilidade Subjetiva e Correlatos.** Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, vol. 30, p. 334 et seq., Out. 2005.

SILVA, Clarissa Sampaio. **Direitos Fundamentais e Relações Especiais de Sujeição: O caso dos Agentes Públicos.** Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional.** 17^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. **Dever regulamentar nas sanções regulatórias.** Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, Editora Fórum, ano 8, n. 31, p. 33-34, jul./set. 2000.

_____. **Direito Administrativo Ordenador.** São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

_____. **Licitação e Contrato Administrativo.** São Paulo: Malheiros, 1994.

TÁCITO, Caio. Comissão de Valores Mobiliários. Poder Regulamentar. *In:* TÁCITO, Caio. **Temas de Direito Público: estudos e pareceres, 2^o. vol.** Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. **Evolução Histórica do Direito Administrativo.** *In:* TÁCITO, Caio. Temas de Direito Público: estudos e pareceres, 1^o vol. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. **Lei e Regulamento.** *In:* TÁCITO, Caio. Temas de Direito Público: estudos e pareceres, 1^o. vol. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor.** 4^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TIEDEMANN, Klaus. **Responsabilidad Penal de Persona Jurídicas e Empresas**

no Direito Comparado. Revista Brasileira de Ciências Criminais, Editora Revista dos Tribunais, vol. 11, p. 21 et seq., Jul. 1995.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal.** 5^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VITTA, Heraldo Garcia. **A Sanção no Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2003.

VON LISZT, Franz. **Tratado de Direito Penal Alemão.** Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. Editores, 1899. p. 193 e SS.

WEIL, Prosper. **O Direito Administrativo.** Coimbra: Almedina, 1977.

WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal: Uma introdução à doutrina da ação finalista.** 3^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Derecho Penal Aleman: Parte General.** 11^a. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STÖBER, Rolf. **Direito Administrativo, vol. 1.** 11^a. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.